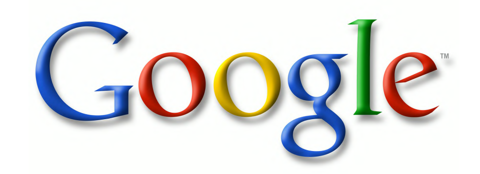


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

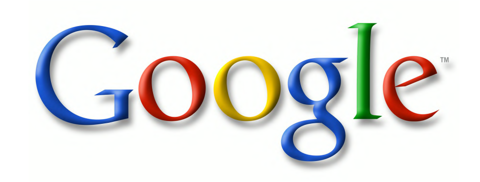
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`



A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

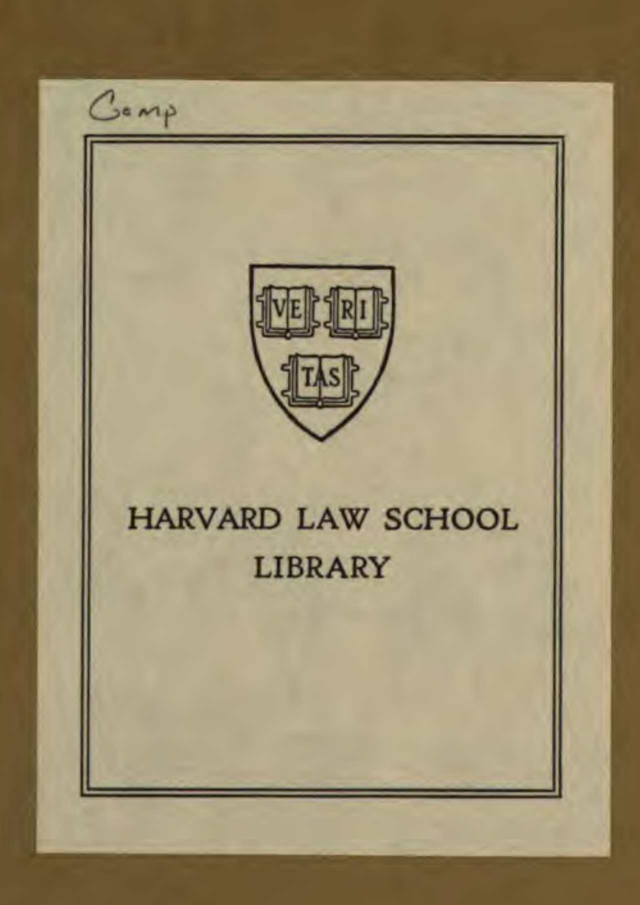
Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.
+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.
+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

3 2044 097 791 800


Comp
VE
RI
TAS
HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

FRANCE

2239 131
out16

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR LA

Juridiction Administrative

DANS LES

ÉTATS DE L'EMPIRE ALLEMAND
& PARTICULIÈREMENT EN PRUSSE

(Étude de droit public comparé)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
Sera soutenu le Mardi 14 Juin 1904, à 4 heures.

PAR

Angel MARVAUD
LICENCIÉ ÈS LETTRES
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. LARNAUDE, *professeur*.
Suffragants : MM. SAUZET, *professeur*.
JACQUELIN, *professeur*.

PARIS
IMPRIMERIE HENRI JOUVE
15 — RUE RACINE — 15
1904

For TX
M
Perkins

A LA MÉMOIRE DE MES PARENTS

3/14/46 Widener

606582

SOURCES PRINCIPALES DE CETTE ÉTUDE

A) Ouvrages en langue française.

LAFERRIÈRE. — Traité de la Juridiction administrative, 2e édit., 1896, 2 vol.

DARESTE. — La Justice administrative en France, 2e édit., 1898

BERTHÉLEMY. — Traité élémentaire de Droit administratif, 2e édit., 1902.

HAURIOU. — Précis de Droit administratif, 5e édit., 1903.

ESMEIN. — Droit constitutionnel, 2e édit., 1899, et 3e édit., 1903.

JACQUELIN — Les Principes dominants du contentieux administratif (1899).

USSING. — Le Contentieux administratif et la Juridiction administrative (traduit du danois par Dareste, 1902).

O. MAYER. — Le Droit administratif allemand, édition franç., tome I, 1903 (préface de Berthélemy)

JELLINEK. — La Déclaration des droits de l'homme (préface de Larnaude, 1902).

DUGUIT. — L'Etat, le Droit objectif et la loi positive (1901). L'Etat, les gouvernants et les agents (1902).

LÉON MARIE. — Le Droit positif et la Juridiction administrative (1903), 2 tomes.

B) Ouvrages en langue allemande.

GNEIST. — Der Rechtsstaat ùnd die Verwaltùngsgerichte in Deùtschland, 2e édit. 1879.

SARWEY. — Das öffentliche Recht ùnd die Verwaltùngsrechtspflege (1880).

JELLINEK. -- System der subjectiven öffentlichen Rechte (1892).

VON STENGEL. — Wörterbuch des deùtschen Verwaltùngsrechts (1890), 2 tomes et 3 suppléments (1892, 1893, 1897).

LABAND. — Das Staatsrecht des deùtschen Reichs. 4e édit., 1901, 4 vol.

OTTO MULLER. - Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege nach preùsssischem Recht (1895).

VON SEYDEL. — Bayerisches Staatsrecht (1896).

O. MAYER. — Theorie des französischen Verwaltùngsrechts (1886), principalement pp. 87 à 147.

PHILIPP ZORN. — Etudes critiques sur la Juridiction administrative (Verwaltùngsarchiv, t. II, 1894).

VON STENGEL. — Die Verwaltùngsgerichtsbarkeit und die öffentlichen Rechte (Verwaltùngsarchiv, t III, 1895).

Dr K. BIRKMEYER. — Encyklopädie der Rechtswissenschaft (1901).

HOLTZENDORFF ET KOHLER. — Encyclopädie der Rechtswissenschaft (6e édit. 1903) :

BRUNNER. — Quellen ùnd Geschichte des deùtschen Reichs.

ANSCHUTZ. — Deùtsches Staatsrecht.

E. VON MEIER. — Das Verwaltùngsrecht.

Dr OTTO STÖLZEL. — Rechtsweg und Kompetenzkonflikte in Preùssen (1901).

Dr WALTER HAGENS — La juridiction administrative en France et le Conseil d'Etat (Archiv für öff. Recht, tome XVII, 1902).

INTRODUCTION

L'Etat moderne, qu'on l'observe en France ou en Allemagne, présente ce double caractère d'être extensif et d'être régi par des lois. Du jour où il a été admis que le rôle de l'Etat ne devait pas se borner à protéger l'ordre public au dedans et au dehors, mais que son intervention était nécessaire dans l'intérêt du bien-être social là où l'effort des individus est impuissant à le réaliser (*Wohlfahrtstaat*), de nouveaux champs, aux horizons lointains et indéterminés, furent ouverts à son activité. De ce jour aussi, et par la force des choses, les conflits apparurent plus fréquents entre l'Etat et l'individu, car l'intérêt social n'est que très rarement identique à la somme des intérêts particuliers, et, le plus souvent, l'administration ne peut accomplir sa mission sans porter atteinte aux droits des individus. Si l'on considère, d'un autre côté, que le principe d'après lequel l'intérêt particulier doit céder à l'intérêt public est d'une application nécessaire et inéluctable dans

l'état de société, dont il constitue le fondement, il était à craindre que l'individu ne fût, dans tous les cas, sacrifié à la collectivité.

Mais l'Etat moderne présente ce second aspect d'être gouverné par des règles, d'être un Etat de droit (*Rechtsstaat*) : des normes sont fixées aux prétentions de l'administration, déterminant de quelle manière elle doit agir dans tel cas donné, établissant, autant que faire se peut, dans quelle mesure l'intérêt de l'individu devra s'incliner devant l'intérêt de tous. Parfois, il est vrai, la loi reste muette ou seulement imprécise : elle laisse, à dessein, un certain champ d'action, où pourra se mouvoir librement l'activité administrative. Comment saura-t-on alors que celle-ci n'a pas mésusé de cette liberté, qu'elle a apprécié, ainsi qu'il convenait, « l'intérêt public » ?

D'autre part, toute loi, une fois faite, demande une sanction : il faut donner aux individus l'absolue certitude que les règles obligeront l'Etat au même titre qu'elles les lient eux-mêmes, et les moyens de constater qu'il les observera.

Une première garantie, en ce sens, peut consister dans une organisation convenable de l'administration. Mieux vaut prévenir le mal que d'avoir à le réparer. En distribuant sagement et au mieux des intérêts de la collectivité les fonctions administratives entre les diverses autorités, en recrutant celles-ci avec soin, en astreignant l'action administrative à l'observation de cer-

taines formes de procédure, en faisant exercer une surveillance constante de l'autorité supérieure sur l'autorité inférieure, en organisant enfin une responsabilité personnelle des divers fonctionnaires, il est permis d'espérer que l'administration, dans son ensemble, saura se conformer d'elle-même aux règles de droit.

Malgré tout, des fautes peuvent être faites, des erreurs commises. Il est dès lors nécessaire d'établir un contrôle permanent, auquel pourra recourir en tout temps le particulier qui se croira lésé dans ses droits. Ce contrôle, on peut le concevoir exercé par les assemblées législatives : mais cette idée, pour des raisons que je n'ai pas à examiner, n'a guère abouti dans la pratique, pas plus en Allemagne que dans notre pays.

Il peut aussi consister dans un recours à l'administration elle-même : l'autorité supérieure, en vertu des pouvoirs d'inspection qu'elle tient de l'organisation hiérarchique, revisera l'acte attaqué de l'autorité inférieure. Mais l'individu réclame des garanties plus efficaces : il veut que ce contrôle administratif appartienne à une autorité indépendante de l'administration, à un tribunal, dont l'organisation soit comme la certitude de sa compétence et de son impartialité, et qui décide suivant des formes contentieuses.

Ce tribunal, sera-t-il le tribunal ordinaire, qui juge les différends entre particuliers en matière civile ?

De puissants motifs, dont les principaux sont l'indépendance nécessaire de l'administration vis-à vis du corps judiciaire, et cette idée que des litiges d'une nature si spéciale doivent être confiés à un organe distinct, ont fait abandonner depuis longtemps, en France, cette pensée d'un contrôle juridictionnel exercé par les tribunaux ordinaires, et ont amené à créer à côté et au sein même de l'administration des tribunaux administratifs.

En Allemagne, ces mêmes idées n'ont réussi à sortir du domaine de la doctrine, où elles étaient vivement discutées, pour pénétrer dans la législation positive, que fort tard, après des efforts quasi désespérés. L'établissement de la juridiction administrative dans les pays d'outre-Rhin date d'hier. L'influence des idées françaises fut-elle si grande que la nouvelle organisation se borna à être une simple imitation de ce qui existait dans notre pays? Ce serait une erreur de le croire : le développement historique, les conceptions différentes du droit public et de la science politique, notamment au sujet de l'idée et du rôle de l'Etat, de la souveraineté, de la loi, les tendances particulières de la doctrine (1) et les différences essentielles dans la construc-

(1) Voir sur ces divers points, en particulier sur la théorie et la nature juridique de l'Etat : Laband, *op. cit.*, tome I ; Jellinek, Allg. Staatslehre, p. 334 ; Holtzendorff, Encycl. I, 51 et IV, 454 ; Duguit, l'Etat, 227 s. ; Hauriou, p. 3, 193 s. Critique de la

tion des rouages sociaux, en particulier de l'administration, étaient autant de motifs pour que l'institution des tribunaux administratifs allemands fût, à bien des points de vue, essentiellement différente de l'institution française analogue.

Le but de cette étude sera justement de noter ces différences, à la fois dans les idées et dans leur application par la loi positive, et d'essayer de comparer dans leurs grandes lignes le système français et le système allemand.

conception allemande de la science politique (personnalité réelle de l'Etat, volonté individuelle des gouvernants) dans Esmein, 3e édit., p. 26 s., qui lui oppose la théorie française (l'Etat est la personnification juridique de la nation) et F. Maury, *Revue politique et Parlementaire,* 10 mai 1903. Sur la méthode juridique qui est adoptée par la doctrine allemande, cf. Deslandres (*Revue de Droit Public*, 1901. XIII, p. 435 s.)

LIVRE I

Origines et développement historique de la juridiction administrative en Allemagne (1).

L'institution de la juridiction administrative française remonte à une époque où le pouvoir absolu de l'Etat, confondu avec la personne du Roy, n'admettait guère de droits pour l'individu que sous la forme d'une simple concession ou autorisation du monarque. La Révolution, sous l'inspiration des philosophes du

(1) **Sources de ce livre.** — *Gneist*, der Rechtsstaat, 2e éd. 1879; *Sarwey*, das öffentliche Recht ùnd die V. w. rechtspflege, 1880, nott. pages 119 à 163; *Bernatzik*, Rechtsprechùng ùnd materielle Rechtskraft, p. 14 s.; *O. Mayer*, Dr. adm. All., I, p. 23 s.; *O. Mayer*, Justiz ùnd Verwaltung, Strasbourg, 1902; *E. von Meier*, das Verwalt. recht (dans l'Encycl. d'Holtzendorff, 6e éd. 1903); *H. Brùnner*, Quellen ùnd Geschichte des Deutschen Rechts (ibidem, 1902-03), et autres ouvrages cités dans le texte.

XVIII[e] siècle (1), proclama pour la première fois l'existence de droits subjectifs du citoyen à l'encontre de l'Etat. Dès lors, la juridiction administrative devait changer de caractère et d'esprit ; et de fait, tout en restant extérieurement dans les cadres de l'administration, les tribunaux administratifs, à la suite d'une évolution accomplie au cours du XIX[e] siècle, sont arrivés à en devenir à peu près indépendants et à constituer un véritable corps judiciaire.

En Allemagne, au contraire, la création d'une juridiction administrative fut postérieure à l'établissement

(1) Sur la discussion élevée au sujet de l'origine de la Déclaration des Droits, voir *Jellinek,* la Déclaration des Droits de l'Homme (préface de Larnaude), 1902 ; *Boutmy*, Ann. des Sc. Politiques, 1902, p. 414 ; *Jellinek*, Revue de Dr. Public, et de la Sc. Polit. nov.-déc. 1902 ; *Tchernoff*, Montesquieu et J.-J. Rousseau, Revue de Droit Public, juillet-août 1903.

La proclamation de droits individuels antérieurs à l'Etat doit-elle être rattachée, par delà l'imitation des « Bills of rights » américains à la vieille conception juridique des Germains, comme le veut Jellinek, ou bien faut-il en chercher l'origine soit en France au XVI[e] siècle (Tchernoff), soit, selon l'opinion courante et comme le défend M. Boutmy, simplement chez les philosophes du XVIII[e] siècle, et particulièrement chez Rousseau, peu importe ! Ce qui est hors de conteste, c'est l'importance de cette Déclaration révolutionnaire et son influence, notamment en Allemagne : comme le reconnaît Jellinek « ce n'est que par cette déclaration que la notion des droits subjectifs du citoyen vis-à-vis de l'Etat, connue seulement du droit naturel, se réalise dans toute son ampleur en droit positif ». La plupart des Constitutions allemandes d'avant 1848 contiennent une section sur les droits des sujets ; de même, en dernier lieu, la Constitution prussienne du 31 janvier 1851.

du régime de Droit. Le passage de l'Etat absolu à l'Etat soumis à la loi se fit certainement sous l'influence des idées de la Révolution. Il eut lieu, d'ailleurs, d'une manière moins brusque et moins complète que chez nous. Et pourtant, le vieux droit germanique, avant d'être peu à peu envahi et submergé par les théories absolutistes nées du droit romain (qui, s'infiltrant déjà au XI[e] siècle avec l'école juridique romano-canonique, devaient triompher aux XVI[e] et XVII[e] siècles), — n'était nullement contraire à l'idée d'un contrôle juridique de l'activité de l'Etat : originairement, et jusqu'à une époque relativement récente, le principe fut et demeura, que le roi lui-même est soumis a la loi (*dass auch der König unter dem Gesetze stehe*) (1).

L'histoire de cette conception primitive, de sa réalisation à l'époque féodale, de son obscurcissement dans la suite des temps jusqu'à sa complète disparition, puis de sa résurrection sous une nouvelle forme et grâce à des théories venues de France, va faire l'objet des développements postérieurs.

Nous distinguerons dans cette évolution trois phases, trois périodes, qui formeront chacune l'objet d'un chapitre.

(1) Gneist, *op. cit.*, p, 260. Sur le développement historique, v. aussi Waitz, Verf. Geschichte, VI, p. 366 ; Schröder, Rechtsgeshichte, p. 468 ; Triepel, Interregnum, p. 35.

CHAPITRE PREMIER

L'époque féodale : les seigneurs territoriaux et la justice d'Empire.

Si l'Empereur, héritier des rois francs et des Carolingiens, tenta de bonne heure de conserver devers lui quelque chose de l'ancienne « majesté » des Césars romains, et arriva même dans la suite à se faire déclarer irresponsable pour ses actes de gouvernement (*seine Regierungsthätigkeit*), cela ne présentait guère d'importance, étant donné que, dès le XIII[e] siècle, toute la vie politique du peuple allemand était passée et concentrée dans les territoires. Les propriétaires des « beneficia », élevés au rang de seigneurs, n'en continuent pas moins, comme le reste des sujets, à être soumis au droit de l'Empire : leur souveraineté, basée essentiellement sur la terre, n'est qu'un assemblage de droits privés, concernant la direction des affaires de la communauté (notamment l'exercice de la justice) et de privilèges, qui les placent au dessus de leurs sujets :

ce sont les droits de supériorité du prince (*laudesherrliche Hoheitsretche*)(1). Ils sont acquis à la fois vis-à-vis de l'Empereur, et vis-à-vis des sujets : à l'encontre de ces derniers, réputés en principe francs et libres de toute charge, ils ne peuvent exister qu'en vertu d'un titre juridique, et de leur côté, les sujets peuvent opposer au prince des droits acquis (*jura quaesita*) basés également sur un titre. Pour les faire valoir, ils ont une action devant les tribunaux d'Empire (2) : le *Reichskammergericht* insuitué en 1495 et le Reichshofrat, qui y fut joint en 1501. Cette action est double : contre un acte juridictionnel du prince, elle constitue l'appel (*Berufung*) ; dans tous les autres cas, elle s'exerce par la voie de la demande (*Klage*). La procédure est différente suivant l'une ou l'autre hypothèse, mais ce n'est jamais que l'exercice de la puissance d'Empire sur les seigneurs, direct ou mis en œuvre par les sujets.

L'on comprend sans peine que les princes se soumettaient difficilement à cette juridiction : à mesure que leur pouvoir grandit aux dépens de l'empereur, tous leurs efforts vont tendre à s'en affranchir. Déjà, il avait été formellement établi que les droits acquis par

(1) Sur la *Landeshoheit*, v. Brunner, *op. cit.*, p. 229.

(2) Cette action n'appartenait primitivement, il est vrai, qu'aux Etats (Stände). Plus tard, le droit de Klage et celui de Beschwerde furent accordés même aux particuliers (V. Stein, V. w. lehre, p. 431 s.). Sur le *Reichskammergericht*, v. Brunner, *op. cit.*, p. 275.

les sujets ne pourraient rien. dès qu'ils se trouveraient en présence de la raison d'Etat (*potestas*). Une autre restriction consista à obliger les sujets, antérieurement à toute action devant les tribunaux d'Empire, à porter leurs demandes devant une sorte de commission arbitrale de première instance (*Aùsträge*). Dans la suite même, du moins dans les territoires les plus importants, les princes cherchèrent à rendre tout recours impossible au moyen des « *privilegia de non appellando* » octroyés par la faveur impériale. Et, du reste, la justice suivait-elle son cours normal, qu'il était bien difficile de mettre ses sentences à exécution lorsqu'on avait affaire à un prince assez puissant ponr opposer la force au droit.

CHAPITRE II

Tendances à l'Absolutisme : le Régime de la Police.

La juridiction, exercée par les tribunaux d'Empire, s'affaiblit encore et tend peu à peu à disparaître au cours de cette seconde phase, qui s'ouvre avec le traité de Westphalie (1648) et se prolonge jusqu'à la fin du XVIIIe siècle. C'est la longue agonie de l'Empire, blessé à mort. Les auteurs allemands désignent cette période du nom de régime de la police (*Polizeistaat*) : c'est en effet dans l'exercice de la « police » (1), autrement

(1) La justice fut longtemps la seule fonction de l'Etat, la plupart des attributions essentielles de l'Etat moderne étant alors entre les mains de l'Eglise. La police (c'est-à-dire le petit nombre d'affaires administratives qui apparurent dans la suite, à mesure que l'Etat étendit son rôle) ne fut pas regardée autrement que comme un appendice de la justice et fut traitée comme tel. Lorsque l'importance des affaires de police s'accrut, une certaine distinction commença à s'établir : *Berùfùng* ou *appellatio extrajudicialis*, par opposition à la Klage ou action administrative ; plus tard, on dénia même pour ces affaires tout recours devant la justice impériale et l'on se borna à renvoyer devant les tribunaux territoriaux de

dit des droits que le prince possède « dans le but de l'Etat » pour protéger et augmenter le bien-être public, que les seigneurs, sous l'influence des doctrines absolutistes et du droit divin qui règnent déjà en France, prétendent limiter souverainement les droits de leurs sujets.

Les princes élargissent de plus en plus cette idée de police pour aboutir à celle de puissance publique et l'Empereur se voit forcé d'admettre leurs prétentions (recez de 1654, art. 105 et 106, et Wahlcapitulation, art. 19 § 8) (1).

Cependant, de même que la royauté française reconnaissait aux Parlements une situation indépendante pour la reddition de la justice civile et criminelle, les princes admettent l'existence d'un droit de justice qui

1re instance lorsque l'autorité avait agi « *tanquam pars und nicht richterlicher Weise* » (C'est la première idée du Fisc.).

Mais la distinction entre justice et police (ou administration) ne fut jamais faite d'une façon très nette, et cette confusion dès l'origine explique les difficultés qui eurent lieu dans la suite, à propos de la délimitation des deux domaines, et qui existent encore, comme nous le verrons, soit en ce qui concerne la fixation de la compétence des tribunaux administratifs d'après un criterium logique, soit au sujet du caractère particulier que doit présenter cette juridiction.

(1) Il était défendu « *den Ständen in ihren Territoriis, in ihre Landeshoheit und Regierungs, besonders in Religions, Polizei, Communal, Militär, Justiz, Lehens, und Gnadensachen sub quocunque prætextu wider die Reichsgesetze, den Friedenschluss oder aufgerichtete rechtmässige und verbindliche Pacta vor- oder einzugreifen* ».

les lie vis-à-vis de leurs sujets. Mais ceux-ci n'ont pas de droits publics : ils risqueraient donc d'être sans protection contre l'arbitraire administratif, s'il n'apparaissait à ce moment dans le droit allemand une distinction assez subtile, mais dont les conséquences devaient être considérables dans la suite, entre le Fisc ou État personne privée et l'État proprement dit ou État puissance publique. Ce sont comme deux personnes différentes et séparées : si la seconde est en dehors du droit, la première au contraire, qui se manifeste dès qu'il n'y a plus d'acte de commandement, reste soumise au droit civil et à la juridiction ordinaire.

L'effet immédiat de cette distinction, déjà dans la période précédente, avait été de limiter encore le domaine des tribunaux d'Empire, car lorsque le prince était assigné en tant que « *privatus* » (p. ex. en matière de relations d'affaires privées, de demande dirigée contre la chambre du prince ou contre son fisc), la Commission arbitrale qui statuait obligatoirement en première instance, ainsi que nous l'avons vu, devait être constituée par les tribunaux territoriaux eux-mêmes : l'évolution consista seulement à supprimer le second degré. Bientôt, les capitulations impériales vinrent sanctionner le droit pour les tribunaux ordinaires du pays de statuer sur ces affaires en dernier ressort.

Cette idée du Fisc, distincte de l'État et soumise aux règles du droit civil, devait triompher pleinement au

XVIII[e] siècle. Mais étant donnée la confusion qui régnait alors entre la justice et l'administration, nombre d'affaires considérées comme « fiscales », telles que celles concernant la chambre du prince et les domaines, restèrent confiées à l'administration elle-même : tel fut le cas en Prusse où les députations de justice (Kammerjustizdeputationen) instituées en 1782, connaissaient de « toutes les affaires où il s'agissait d'intérêts et de domaines royaux, touchant au *status œconomicus et politicus* et tombant dans l'*interesse publicum*», c'est-à-dire en réalité de beaucoup de difficultés de droit privé soulevées par l'administration des domaines.

Les garanties de l'individu vis-à-vis de l'administration se réduisaient donc à fort peu de chose. Cependant, contrairement à ce qui avait lieu en France, le pouvoir absolu des monarques allemands continuait, en principe, à être tempéré par l'idée qu'il y avait une juridiction d'Empire « contre les abus ou illégalités commises dans l'exercice de la puissance gouvernementale » (1).

Cette idée se réalisait même encore dans la pratique pour la foule des petits États.

(1) Les juristes allemands vantaient l'heureuse influence de cette institution sur la conscience publique, en matière de droit, et sur le sentiment de liberté civique : « Heureuse Allemagne, s'exclamait l'un d'eux (Schlœzer, All. St. R. (1793), le seul pays du monde où l'on puisse tenir tête à un souverain, sauf sa dignité, devant un tribunal étranger, et non pas devant le sien ! » (cité par O. Mayer, op. cit., p. 42).

CHAPITRE III

Le XIX[e] siècle : L'État de Droit.

Les derniers vestiges de la juridiction impériale disparaissent enfin avec l'Empire lui-même. Les princes demeurent leurs maîtres. Mais déjà se faisaient jour, venant de France, des principes nouveaux, en particulier celui de la séparation des pouvoirs. Tandis qu'à sa suite, était proclamée dans notre pays l'indépendance absolue et réciproque de l'administration et du pouvoir judiciaire (loi des 16 et 24 août 1790), en Allemagne ce principe conduisit à une délimitation analogue entreprise par Stein entre les « *affaires de justice* » et les « *affaires d'administration* ». Mais si ces opérations étaient, en apparence, semblables, l'esprit qui les dirigeait était différent dans l'un et l'autre pays, et les conséquences auxquelles on aboutit de part et d'autre furent opposées. Le législateur révolutionnaire était hanté par le désir de refouler les atteintes usurpatrices des Parlements et cette pensée

de méfiance, s'alliant au principe récemment proclamé de la souveraineté de la loi aboutit, en 1790 et surtout en l'an VIII, à la reconstitution, appropriée seulement au nouvel ordre de choses, d'une juridiction au sein de l'administration.

Le ministre prussien, au contraire, désirait plutôt mettre les tribunaux ordinaires à l'abri des empiètements de l'administration : c'est ainsi que les députations de justice furent supprimées (Publicandum du 16 décembre 1808) et remplacées par des *régences*, ou collèges chargés exclusivement de l'administration. Les affaires fiscales et domaniales passèrent aux tribunaux ordinaires. Une séparation fut donc faite entre le domaine de la justice et celui de l'administration (1), mais il en résulta que, les tribunaux judiciaires étant cantonnés dans les affaires civiles et pénales, les seules où il fût question de droits pour les particuliers, l'administration, contrairement à ce qui avait lieu en France, devint indépendante même de toute pensée de contrôle juridique.

L'introduction de tribunaux administratifs ne devait avoir lieu que de longues années plus tard, après des discussions acharnées dans la doctrine, et après des tentatives faites par la loi dans des sens différents.

(1) La distinction fut faite d'après ce principe vague que les autorités administratives ont surtout à décider d'après des motifs de convenance (Zweckmässigkeit), les tribunaux uniquement d'après des règles de droit.

Ce double mouvement d'idées. dans le monde des juristes et dans celui des législateurs, va faire l'objet, afin de plus de clarté, de deux sections distinctes : ces deux évolutions se firent cependant de façon corrélative.

Section I

Le Mouvement Doctrinal.

On peut distinguer trois périodes qui montrent le développement des idées, depuis la négation absolue de toute juridiction dans les questions de droit public, jusqu'à la conception de tribunaux spéciaux, auxquels elles seront confiées. La phase intermédiaire est constituée par une réaction individualiste en faveur de l'extension à cette matière de la compétence des tribunaux ordinaires.

§ 1. — La première période va jusqu'à la Révolution française de 1830. L'idée qui domine est celle de la souveraineté absolue de l'État vis-à-vis des particuliers, sauf les limitations apportées par l'existence d'une justice civile et pénale et celles qui résultent de l'Acte constitutionnel. Une juridiction indépendante, à laquelle serait soumis l'État, apparait comme inconciliable avec la notion même de l'État. A cette période

appartient *Pfizer* (1), et son œuvre constitue un certain progrès sur son époque : il distingue parmi les affaires considérées alors comme « de gouvernement » et laissées à la libre appréciation de l'administration, certaines, où il s'agit de droit lésé ou contesté, (par ex. en matière d'impôts, de service militaire, etc.), et qui doivent par suite être résolues, tout aussi bien que les affaires civiles et pénales, d'après des principes juridiques (*Verwaltungjustizsachen*). Il ne va pas cependant jusqu'à admettre que ces affaires soient confiées à des tribunaux indépendants, mais se contente de collèges composés exclusivement de fonctionnaires, et statuant après une procédure contradictoire sommaire, sur le modèle des conseils de préfecture français.

§ 2. — La période suivante est en opposition marquée avec la première : on se trouve en présence d'auteurs qui limitent les droits et les devoirs de l'État à la protection de l'ordre public et juridique. Sous l'influence manifeste du constitutionalisme français, apparait l'idée du *Rechtsstaat :* toute violation à la

(1) *Ueber die Grenzen zwischen Verwaltùngs ùnd Civiljustiz.* (Stuttgart, 1828) ; *Prüfùng der neuesten Einwendùngen gegen die Verwaltùngsjustiz* (1833). Appartiennent par leurs idées au même groupe : Von Weiler, *Uber die Grenzen zwischen V. Waltùng ùnd Justiz* (1830), Funke, *die Verwaltùng in ihrem Verhaltniss zur Justiz* (1838), etc. (V. Sarwey, *op. cit.*, p. 119 s.)

règle de droit (*Rechtsordnüng*) doit être confiée aux tribunaux ordinaires, sans que l'on distingue s'il s'agit de la protection d'un droit public ou d'un droit privé. Le principal représentant de cette tendance individualiste est *Bähr* (1). Il conçoit l'État à l'image d'une société par actions, dans laquelle les droits des organes dirigeants sont fixés par les statuts (ici, par la Constitution) : s'il s'élève une difficulté au sujet de ces droits (2), elle doit être portée devant les tribunaux et faire l'objet d'une sentence judiciaire. La haute signification de la séparation de la justice et de l'administration réside avant tout, selon lui, dans la possibilité de soumettre l'administration à une juridiction. Quelle sera cette juridiction ? Elle ne doit pas être exclusivement gouvernementale, mais la représentation populaire doit collaborer à sa composition. C'est donc d'une véritable institution politique qu'il s'agit, d'un organe régulateur de la puissance de l'État. Sans nous attarder à remarquer ce que cette doctrine renferme d'exagéré et d'arbitraire, à son point de départ par l'idée qu'elle se fait de l'État, à son point d'arrivée par la

(1) *Der Rechtsstaat* (1864).

(2) Parmi les cas où appel peut être fait à la juridiction, à côté de ceux où il s'agit uniquement de violation de droits subjectifs civils (*Privatrechte*) ou politiques (*Staatsbürgerlichen R.*), Bähr en compte d'autres où l'on invoque simplement l'inobservation des droits constitutionnels par la puissance gouvernementale, par exemple la violation de la loi par des arrêtés réglementaires.

confusion qu'elle commet entre le Gouvernement et l administration, il est permis seulement de se demander quelle efficacité Bähr croyait pouvoir attacher aux arrêts de cette juridiction, notamment en cas de conflit avec d'autres organes de l'Etat, politiques ou administratifs.

A côté de Bähr et des auteurs qui, avec lui, marquent une réaction de la liberté individuelle contre la toute puissance de l'État, il faut citer d'autres juristes (1), qui, tout en restant individualistes, transportent la question de la juridiction administrative du terrain politique, où les premiers l'envisageaient surtout comme un moyen de lutter contre un État ennemi de la Constitution, sur le terrain pratique, c'est-à-dire qu'ils proclament uniquement le devoir de la juridiction de protéger les particuliers dans la sphère des droits qui leur est reconnu par l'ordre juridique vis-à-vis de l'administration. Mais leur erreur est de confondre ces droits avec les droits privés ordinaires, de concevoir l'État, ainsi que le fait Bähr, à l'image d'une société. Si tous ces auteurs partent d'une même idée, il s'en faut d'ailleurs qu'ils s'accordent sur l'étendue des droits des individus, sur la mesure dans laquelle

(1) Notamment : *Rudhardt* Ueber die Verwaltùng der Justiz dùrch die administrativen Behörden (1817), *Maurenbrecher*, Deutches Staatsrecht (1837), *Kuhn*, das Wesen der administrativjustiz (1843), *Zachariä*, Deùtsches Staats-ùnd Bùndesrecht (1865).

la juridiction doit limiter les droits de l'administration. Pour certains (comme *Rudhardt*), la voie de droit (*der Rechtsweg*) doit être accordée sans distinction, du moment que l'on se prétend atteint dans son droit; d'autres (*Kuhn*) limitent au contraire le terrain de la juridiction aux conflits entre particuliers sur des droits privés, et renvoient à l'administration le soin de statuer sur les contestations relatives à la sphère de la puissance publique, à la légalité de ses actes, pour d'autres enfin (*Maurenbrecher*), le criterium de la distinction doit être cherché dans l'idée vague de « droits bien acquis » (*wohlerworbene Rechte*), c'est-à-dire de droits qui reposent sur des titres particuliers : seules, les difficultés nées de ces droits pourraient être portées devant les tribunaux civils. — L'un de ces auteurs, *Schmitt* (1), est cependant plus précis, et sa doctrine marque un pas nouveau dans l'évolution des idées; selon lui, la juridiction administrative ne peut connaître d'une affaire que si deux conditions sont réunies : d'une part l'existence d'une règle qui oblige l'administration; d'autre part, une violation des intérêts individuels, qui forment le cercle juridique de l'individu, c'est-à-dire des droits subjectifs. Mais une fois ce point établi, le développement qu'il en tire aboutit à une véritable confusion du droit privé et du droit public : l'un et l'autre ne sont, d'après lui, que le règlement des rap-

(1) Ueber die Verwaltùngsrechtspflege (1878).

ports vitaux déterminés dans le but de rendre possible la coexistence de personnalités humaines : la seule différence consiste en ce que, dans les affaires de droit public, une seule partie, le sujet, a le droit d'actionner, puisque l'autre, l'État, peut obtenir, même par la force, la réalisation de sa volonté Il n'y a donc point de raison essentielle, selon Schmitt, de confier les difficultés de droit public à des tribunaux spéciaux : et, de fait, ce ne peut être là, dit-il, qu'une mesure provisoire, erronée, que le temps corrigera bien vite en renvoyant ces affaires aux tribunaux ordinaires.

§ 3. — Les exagérations de la conception individualiste amenèrent bientôt à un troisième système, mixte, qui reçut l'adhésion de la majorité de la doctrine et qui exerça une influence prépondérante sur la législation positive.

L'on part de cette idée qu'il faut suivre dans la décision des affaires litigieuses de droit public une procédure contentieuse, mais cette procédure ne peut être la procédure civile ordinaire, car il ne s'agit pas ici de la protection de droits privés : il faut instituer une juridiction indépendante, comme en matière civile et pénale, mais fonctionnant d'une manière différente.

La question reste seulement discutée de savoir si cette juridiction doit être confiée à des tribunaux particuliers ou bien aux tribunaux ordinaires, ou bien si on doit la laisser entre les mains des autorités administratives, organisées particulièrement dans ce but.

Les auteurs de cette période admettent, contrairement à ceux de la deuxième, le caractère particulier de l'Etat d'être une puissance publique gouvernant les individus, mais d'autre part ils subordonnent l'action administrative à l'observation de règles de droit, ce que l'on n'avait pas admis dans la première période.

On rencontre, parmi eux, les noms les plus illustres de la science juridique allemande contemporaine : Stahl, Blüntschli, Stein, Gneist.

Stahl (1) a le mérite d'avoir énoncé le premier d'une façon précise ce que doit être l'Etat sous le régime de Droit : « l'Etat, dit-il, doit fixer exactement et délimiter les voies et limites de son activité ainsi que la sphère libre de ses citoyens, à la manière du droit ». Mais cette sphère libre se borne pour Stahl à fort peu de chose : aux « *exemte Rechte* » (droits exempts), qu'il classe d'ailleurs assez arbitrairement (2). En dehors de ces droits, dans tous les rapports de droit public, — c'est à dire tous ceux qui servent, non pas à « satisfaire les hommes, à achever leur être » (ceux-là forment le droit privé), mais à les gouverner en com-

(1) Rechts und Staatslehre (1830 et 1856).

(2) Il distingue entre l'*exemption directe ou positive*, c'est-à-dire les droits qui jouent le rôle d'exception et de limites à la puissance politique (p. ex. exemption d'impôts, résultant de la Constitution ou de la convention) et l'*exemption indirecte ou négative*, qui peut être invoquée quand l'autorité publique outrepasse complètement ses attributions (p. ex. quand la police inflige une peine supérieure au maximum légal).

mun, à achever « l'être commun » auquel ils sont liés, à poursuivre l'intérêt public (*der Gesammterfolg*) et non pas à maintenir simplement le particulier dans son droit, — pour tout ce domaine, immense, le principe de la juridiction est exclu et il appartient aux autorités de décider souverainement (1)

Blüntschli (2) adopte une délimitation analogue entre le domaine de la juridiction et celui du gouvernement : le rôle de celui-ci est de travailler au bien public, le but de celle-là est de protéger les particuliers dans la sphère de leurs droits. Mais par les exceptions qu'il apporte à ce principe, il se rapproche beaucoup de la conception de la justice française, par laquelle il était hanté, semble-t-il, et cela lui valut de nombreuses critiques en Allemagne.

Les travaux de *Stein* (3) et de *Gneist* se complètent, et pour beaucoup de juristes allemands, la solution du

(1) Cette exclusion d'une juridiction dans les questions de droit public tient à sa théorie de la nature de l'Etat : « il est de la nature de l'Etat, enseigne-t-il, en tant que souveraineté d'ordre moral, dont les particuliers relèvent et sont les membres, que lui seul, en son pouvoir propre et souverain, autrement dit le gouvernement, puisse prononcer sur le point de savoir si ses fonctions sont légalement exercées ; que si on pouvait concevoir une organisation où les tribunaux auraient le droit de juger entre la puissance publique et les sujets, lorsque ceux-ci allégueraient que leurs droits ont été lésés, l'Etat cesserait d'être Etat, et perdrait sa souveraineté morale sur les individus... » (cité par Ussing, *op. cit.* p. 34.).

(2) Allgemeines Staatsrecht, 1865.

(3) Die Lehre von der vollziehenden Gewalt, 1865.

problème de la juridiction administrative se trouve dans leurs œuvres combinées. Tous deux partent de l'idée que l'Etat est une personnalité collective placée au dessus des particuliers : ce n'est pas seulement une institution de droit, mais c'est la volonté en action de la collectivité, dont le pouvoir ne peut être enfermé par conséquent dans les limites de l'ordre juridique et de la justice rendue par les tribunaux. Tous deux, comme Stahl, demandent, d'ailleurs, que l'administration agisse conformément à la règle de droit. Mais ils cherchent l'un et l'autre la réalisation de ce désir dans des directions différentes, qui toutefois ne s'excluent pas : tandis que Gneist cherche les garanties d'une action administrative légale dans l'organisation même des autorités chargées de l'administration, Stein construit tout un système de recours contentieux (***Klagerecht***) et de recours administratif (***Beschwerde***) : le premier ne peut exister que si le particulier prouve une violation d'un droit reconnu par la loi ; dans tous les autres cas, notamment s'il se croit lésé par un règlement, il n'aura à sa disposition que le recours administratif. D'ailleurs, Gneist, lui non plus, n'exclut pas complètement le droit d'action, mais il l'admet sous forme d'action en revision, et, de son côté, Stein arrive, d'accord avec la pensée maîtresse de Gneist, à séparer dans l'administration de l'Etat le pouvoir exécutif et la « *Selbstverwaltung* »

Gneist (1) avait été surtout frappé des abus causés dans l'administration prussienne par le « gouvernement de parti », surtout entre 1848 et 1866; mais s'il envisage particulièrement la Prusse, ses critiques s'adressent, comme il le dit lui-même, à la grande majorité des Etats allemands : le gouvernement de parti, selon lui, est une conséquence fatale de l'établissement du régime constitutionnel, et cela a son contre-coup dans l'administration, qui, dépendant étroitement du gouvernement, devient, elle aussi, une administration de parti : « il se produit dès lors, dit-il, une tendance chronique à l'abus des pouvoirs de police et de tout pouvoir public discrétionnaire dans un intérêt électoral et de parti. » Voilà le mal : quel sera le remède? Il ne convient pas d'abandonner la décision aux tribunaux ordinaires, car on ne peut assimiler le droit public au droit privé, ni considérer un litige qui a pour objet l'exercice légitime de la puissance publique comme un conflit entre des droits de même nature. D'un autre côté, ce n'est pas un moyen heureux que de composer des tribunaux administratifs, à la mode française, de fonctionnaires nommes par le gouvernement : l'état de dépendance où sont ces fonctionnaires à cause de leur traitement, l'esprit de corps qui en fait un organe

(1) *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, 1869; *die Preussische Kreisordnung*, 1870; *der Rechtsstaat*, 1872 et 1879; et travaux sur le droit constitutionnel et administratif anglais, 1863, 1866, 1867.

fermé, obéissant à une impulsion unique, sont les principaux inconvénients d'un tel système.

Le contrôle du juge ne peut être organisé qu'au moyen du « selfgovernment » : ce n'est qu'en plaçant des « laïques » indépendants à côté des fonctionnaires de carrière pris dans l'administration et la justice qu'on obtiendra la garantie d'une administration impartiale : « la propriété et l'intelligence indépendante, dit-il, doivent être, par système, toujours réunies à l'administration, de façon à y constituer le contrepoids et le contrôle au regard des fonctionnaires » (1). Ce contrôle sur le personnel inférieur doit être exercé par des fonctionnaires honorifiques (*Ehrenbeamte*), et il en sera de même du jugement du contentieux administratif en première instance. Quant au contrôle supérieur, il appartiendra à un tribunal administratif composé pour partie de fonctionnaires, pour partie de non-fonctionnaires remplissant un service administratif et possédant par suite la compétence technique nécessaire. Enfin, le tribunal administratif suprême, dont la compétence est restreinte à des questions de principe, doit être uniquement composé de fonctionnaires rétribués, possédant la capacité judiciaire et nommés à vie.

D'ailleurs, Gneist entend le terme de juridiction administrative (*Verwaltungsjurisdiktion*) dans un sens large : cela désigne à la fois le pouvoir de déci-

(1) Der Rechtsstaat, 2e édit, p. 167 et 168.

sion (*Beschlùss*) et celui de jugement (*Entscheidùng*) qui appartiennent aux autorités administratives. La mission des tribunaux administratifs (abstraction faite du tribunal suprême) ne se réduit donc pas à connaître des questions de droit : mais ils ont à statuer même sur des recours formés contre les actes administratifs iniques ou injustifiés, car les questions de droit et les questions d'appréciation sont étroitement unies dans tout litige administratif (1).

Cette seconde partie de la doctrine de Gneist, concernant le but et le caractère de la juridiction, sur laquelle nous aurons, du reste, l'occasion de revenir, a été très vivement combattue. Son œuvre, en général, ainsi que celle de Stein, n'en a pas moins exercé une influence très profonde sur la doctrine contemporaine (2), ainsi que sur la nouvelle législation qui était en train de s'élaborer en Allemagne.

(1) Le type de Gneist, sur bien des points, est l'organisation anglaise : juges de paix, non rétribués, appartenant aux classes aisées ; recours de leurs décisions aux quarter sessions, collèges de juges de paix, qui examinent même les questions de nécessité et d'opportunité. Au contraire, en appel, la Haute-Cour ne connaît que des questions de droit : les questions d'appréciation administrative sont tranchées souverainement par le juge de paix. (V. Gneist, Rechtsstaat, p. 45 s., et Englisches Verwaltùngsrecht.)

(2) Notamment : SCHULZE, *der Rechtszug auf dem Gebiete des öff. Recht*, 1873 ; PANN, *die Verwalt. jùstiz in Oesterreich*, 1876 ; VON KAISERFELD, *V. g. h. und V. reform*. Le congrès des juristes allemands de 1874 adopta la thèse de Gneist et forma le

SECTION II

Le développement législatif.

Les luttes passionnées soulevées dans le monde des juristes depuis le commencement du XIXe siècle autour du problème de la juridiction administrative n'eurent leur contre-coup direct sur la législation que fort tard. En Prusse, notamment, l'on s'en tenait toujours, même après les réformes administratives de Stein et de Hardenberg (1), à la délimitation faite en 1808 entre l'administration et la justice (2).

Cependant, à mesure que sous la pression des idées venues de France, qui eurent leur contre-coup en

vœu de la création de tribunaux administratifs, à côté des tribunaux ordinaires.

(1) Cf. E. Mever, Reform der preuss. Verwaltung ùnter Stein ùnd Hardenberg, p. 40 s., 218 s.; Cavaignac, la formation de la Prusse contemporaine, 1896 et 1898, tomes 1, p. 408 s. et 2.

(2) Bien que, dans le cours du siècle, avec l'extension de l'administration, la juridiction des autorités administratives fût allée aussi en augmentant; c'est ainsi que, sur le modèle des anciennes Chambres de justice et sous l'influence française, on retira aux tribunaux pour la confier à l'administration (et sous le prétexte de l'intérêt public et d'une prompte exécution) la connaissance d'*affaires dites administratives contentieuses*, qui étaient en réalité des affaires civiles ou pénales. Dans la suite, lorsqu'on élargit la voie de droit, l'on devait rendre ces affaires aux tribunaux ordinaires.

Allemagne surtout en 1830 et en 1848, des Constitutions étaient accordées dans les Etats, à mesure que l'idée hégélienne de l'Etat-Dieu (1) faisait place à celle de l'Etat de Droit, les gouvernements eux-mêmes comprirent la nécessité de donner aux individus plus de garanties contre l'arbitraire administratif.

Sous l'influence des doctrines individualistes, on chercha tout d'abord à étendre le domaine des tribunaux judiciaires, à accorder la « voie de droit » à des affaires de droit public d'une façon large, non seulement pour des difficultés nées de l'administration après que celle-ci avait statué par des décisions provisoires, mais même pour des prétentions contre l'Etat lui-même et mettant en jeu ses droits de souveraineté : c'est ainsi qu'une loi du 11 mai 1842 vint en Prusse accorder le « Rechtsweg » contre tous les règlements de police, au cas du moins où l'on pourrait leur opposer une disposition de loi ou un titre de droit; une loi du 24 mai 1861, alla plus loin encore et étendit la voie de droit aux cas d'impôts et de servitudes en faveur de l'Etat.

(1) L'État c'est la substance sociale qui est arrivée à la conscience d'elle-même.., l'État, c'est le rationnel en soi et pour soi..., l'Etat, c'est un terrestre divin » (Rechtsphilosophie), § 256-259. Hegel ne faisait que suivre le chemin ouvert par ses prédécesseurs, Fichte et Schelling; celui-ci donne la volonté divine pour principe commun aux deux mondes de la nature et de l'esprit, et esquisse les grandes lignes d'une théorie de l'Etat et du droit, dont Stahl devait développer et préciser les termes (Voir plus haut, p. 21, no 1, et Henry Michel, L'Idée de l'Etat, p. 156).

Pour toutes les autres contestations, d'ailleurs, c'est-à-dire dans les cas les plus nombreux, la décision demeurait confiée aux autorités administratives elles-mêmes : le dernier mot appartenait au ministre. La limite imposée à la compétence judiciaire était fixée par un accord entre les ministres compétents, ou au besoin par le Roi, sur avis du ministère d'Etat, dans la suite par un tribunal des conflits réorganisé par la loi du 8 avril 1847 sur le modèle français : composé pour moitié de membres appartenant à la magistrature, et pour moitié de fonctionnaires administratifs, il jugeait si la voie de droit était ou non ouverte et renvoyait l'affaire, en conséquence, soit devant les tribunaux, soit à l'administration.

Le régime était, à peu de chose près, le même dans les autres Etats allemands (1).

L'idée d'une juridiction administrative, aussi indépendante que la juridiction civile ou pénale, mais fonctionnant d'une manière différente n'apparut, comme nous l'avons vu, qu'avec les progrès du droit public, lorsque, à une conception individualiste et étroite de l'Etat, mis sur le même rang que les particuliers, et bornant son rôle à la protection de la règle de droit, eût succédé celle du Wohlfahrstaat, de la personnalité collective placée au dessus des particuliers et agissant dans l'intérêt public.

(1) Cf. Nadbyl, dans le dictionnaire de Stengel, pp. 808 et uiv.

Il n'était plus admissible, dès lors, de donner aux tribunaux ordinaires une compétence générale, d'accorder aux particuliers autant d'action qu'il pouvait y avoir de points de contact entre la puissance publique et leur personne ou leur propriété, sous peine de méconnaître le caractère de la puissance publique, de soumettre l'action administrative (qui n'est pas d'ailleurs l'arbitraire mais est, dans le nouvel état de choses, essentiellement légale) au consentement préalable de l'individu, à la déclaration de conformité légale accordée par les tribunaux.

Cela ne souffrait guère d'objection. On n'était pas d'accord seulement sur l'organisation qu'il convenait de donner à cette juridiction chargée de trancher les affaires litigieuses administratives, non plus que sur son étendue. Certains, dans les milieux parlementaires et gouvernementaux, comme dans la doctrine, répugnaient encore à la confier à des tribunaux pris dans l'administration. Les raisons que l'on opposait, en ce sens, sont les mêmes que celles exprimées parfois en France (1) : une juridiction sur le terrain public et

(1) Le mouvement en faveur des tribunaux civils fut bien plus fort, cependant, en Allemagne : Voir not. Bähr. der Rechtstaat (1864), Von Stengel, die Uebertragùng der Verwal t. rechtsprechùng an die ordentlichen gericht (Annalen des Deùtschen Reichs, 1875, p. 1313), Schmitt, die Grùndlagen der V. w. rechtspflege im constitut. mon. Staate (1878). En sens contraire, voir surtout Gneist, der Rechtsstaat, pp. 255 et s., et E. Von Meier (dans l'Encycl. d'Holtzendorff, 6e éd.. pp. 1156 et s.).

administratif ne se comprend que si elle obéit aux mêmes principes de droit, qu'en matière civile et pénale ; dès lors, c'est aux tribunaux civils, qui ont la mission exclusive de veiller à l'observation de l'ordre légal, qu'elle doit appartenir (1) ; la procédure seule peut être différente. Là-contre, on faisait valoir les mêmes considérations, qui avaient déjà triomphé chez nous ; on s'attacha moins cependant au caractère interne particulier du contentieux administratif (2) qu'à des raisons de politique et d'opportunité pra-

On trouvera d'ailleurs une indication complète de la littérature pour et contre la jurid. adm. dans Mohl, Encyclop. § 35, note 5.

(1) C'est le même motif qui avait fait exclure longtemps l'idée d'une juridiction administrative parce qu'elle apparaissait comme une entreprise sur le domaine des tribunaux civils : cf. charte constitutionnelle de l'Empire de 1849, art. 183 : « la justice administrative est abolie ; pour toutes les violations du droit, il est statué par les *tribunaux*. »

(2) Cependant un argument contre la compétence des tribunaux en matière administrative, que l'on trouve chez certains auteurs (Stahl, Gerber, Blüntschli) consiste à soutenir qu'en cette matière la décision doit se fonder sur des considérations d'un autre ordre que celles qui ont cours en droit privé. Voir de même en France Aucoc, Conf., I, 392 s. Mais, en réalité, cette raison ne parait pas suffisante pour justifier la création de tribunaux administratifs spéciaux, car le but du juge, administratif ou civil, est d'appliquer ou d'interpréter la loi, de dire le droit. Dans tous les cas, peu importe que dans certaines hypothèses (plus fréquentes seulement dans les matières administratives que dans l'ordre privé) il y ait lieu d'avoir égard à des raisons de convenance ou d'opportunité ; celles-ci ne font pas échec à la raison de droit, mais se confondent avec elle (V. infra, p. 96, et Ussing, *op. cit.*, pp. 155 et suiv.).

tique (1) : d'une part, au principe de la séparation des pouvoirs, qui veut que l'administration soit complètement indépendante de tout contrôle judiciaire, d'autre part à ce fait que les juges sont moins bien placés que les autorités administratives pour dominer toute l'étendue de la législation administrative, si vaste et si considérable à notre époque, — que le traitement des affaires contentieuses administratives par des autorités auxquelles appartiennent en même temps des fonctions administratives actives offre de réels avantages : cela permet de ne pas séparer les questions d'opportunité des questions purement juridiques, auxquelles elles sont le plus souvent intimement liées.

Toutes ces raisons l'emportèrent en Allemagne, surtout à partir de 1860. La législation aurait pu d'ailleurs se restreindre, comme en Autriche, à instituer une cour suprême de justice administrative, qui eût en seule la situation d'un tribunal judiciaire indépendant, et qui aurait seule statué dans les formes d'une procédure spéciale déterminée par la loi : les

(1) Encore aujourd'hui, nombre d'écrivains ne voient dans la juridiction administrative organisée d'une façon connexe avec l'administration, qu'un simple compromis : Ainsi, Sarwey : « rien d'essentiel, dit-il, ne s'opposerait à ce que la juridiction, même en matière de droit public, soit confiée aux tribunaux ordinaires... L'institution de tribunaux administratifs spéciaux est justifiée seulement par des raisons de convenance... » (*op. cit.*, p. 86). Comp. Seydel, Bay. St., R. II, 418 s.

affaires litigieuses de droit public restant, pour les instances inférieures, confiées aux autorités administratives et décidées par elles selon la procédure administrative ordinaire.

Dans les Etats de l'Empire allemand, on préféra instituer des tribunaux administratifs particuliers, même pour la décision des affaires en première instance, ou du moins, au cas où ce sont les autorités administratives qui en restent chargées, on organisa une procédure formelle, dite procédure contentieuse administrative, et on accorda à ces autorités, dans l'exercice de ces attributions juridictionnelles, les avantages de l'inamovibilité et de l'indépendance.

C'est en Prusse que fut instituée la première juridiction administrative, digne de ce nom ; et cela eut lieu, selon la formule de Gneist, à l'occasion de la réorganisation de l'administration intérieure.

Il ne nous appartient pas d'étudier ici dans tous ses détails cette grande réforme, due surtout au génie de Bismark (1), mais elle présente une connexité si intime avec l'objet de notre étude que nous devons l'exposer tout au moins dans ses grandes lignes. L'idée de cette

(1) Il reprenait les idées de Stein qui avait essayé, lui aussi, de restaurer le gouvernement local (Ord. du 19 nov. 1808). Sur le rôle de Bismark, cf. Gneist, *op. cit*, pp. 228 et suiv. Cette réforme fut d'ailleurs, semble t-il, dominée moins par une idée vraiment libérale, que par des raisons de pure politique (cf. André Lebon, Etudes sur l'Allemagne politique, 1890).

réforme ne fut pas seulement de décentraliser, en ce que l'on accorda aux assemblées locales de plus larges pouvoirs de décision pour les affaires intéressant plus spécialement leurs administrés — mais on chercha aussi à les associer à l'exercice de certaines attributions d'État : c'est à cette seconde idée que répond le mot « d'administration autonome » (*Selbstverwaltùng*. En Angleterre, *seifgoverment*). Les représentants des corps locaux furent appelés à donner leur avis en matière d'intérêts généraux, à présenter des candidats pour les fonctions de bailli ou de Landrat, à coopérer même d'une façon active avec les délégués de l'autorité centrale à des affaires d'État, en particulier en ce qui concerne la juridiction administrative.

La réforme commença par la refonte complète des Cercles, circonscriptions qui tiennent le milieu entre nos arrondissements et nos cantons. On changea leur mode de représentation, en diminuant l'influence prépondérante dont avait joui jusqu'alors la grande propriété foncière (l'ordre équestre) au détriment des villes et des communes rurales, et d'autre part, on accorda aux diètes de cercle, ainsi réorganisées, une large indépendance et une autonomie dans le sens que nous avons indiqué.

La réforme s'étendit ensuite aux deux autres groupes administratifs : au dessus du cercle, à la province ; au dessous du cercle, à la commune.

Actuellement, le territoire prussien est divisé en pro-

vinces, qui comprennent un certain nombre de districts. (*Regierùngsbezirke*). Les districts se partagent eux-mêmes en cercles urbains et en cercles ruraux. Les cercles ruraux se subdivisent, à leur tour, en cantons urbains (*Stadbezirke*) et en cantons ruraux ou bailliages (*Amtsbezirke*) : ces derniers étant composés d'une ou de plusieurs communes rurales (*Landgemeinden*) ou de districts de terre (*Gùtsbezirke*).

Voici quelles sont les autorités correspondant à ces divisions :

1° *Province.*

A) Organe de l'administration de l'Etat :

1) Président supérieur (*a*) (*Oberpräsident*).
2) Conseil provincial (*b*) (*Provinzialrat*).

(*a*) Il agit d'une manière indépendante dans le cercle de ses attributions. Il est tenu seulement de demander le consentement du Conseil provincial, quand il s'agit de rendré une ordonnance de police.

(*b*) Se compose : 1) du président supérieur ; 2) d'un fonctionnaire supérieur administrateur, nommé par le président ministre de l'intérieur ; 3) de cinq membres élus par la commission provinciale parmi les habitants de la province éligibles à la diète provinciale. Dans certains cas. la décision est prise par le président supérieur, à l'aide des fonctionnaires qu'il a sous ses ordres; pour d'autres affaires, indiquées par la loi, la décision appartient au Conseil provincial.

B) Organes de l'administration autonome :

1) Diète provinciale. (*Provinziallandtag*) (*c*).
2) Commission provinciale (*Prov. aùschùss*) (*d*).
3) Directeur provincial (*Landesdirektor*) (*e*).

2° *District de Gouvernement.*

Ce ne sont pas des communautés locales autonomes. Il n'y a donc que des organes de l'administration de l'Etat :

1) Président de gouvernement (*Regierùngsprăsident*) (*f*).
2) Gouvernement de district (*Bezirksregieùrng*) (*g*).
3) Commission de district (*Bezirksaùschùss*)(*h*).

(*c*) La Diète est formée de députés des cercles. Elle délibère sur la plupart des affaires importantes concernant la province.

(*d*) La Commission provinciale (7 à 13 membres) est élue par la Diète. Elle s'occupe de l'administration courante.

(*e*) C'est le chef de l'administration provinciale et l'agent d'exécution de la Commission provinciale. Il est nommé par la Diète pour 6 à 12 ans, sous réserve de l'approbation royale. Il a sous ses ordres un certain nombre de fonctionnaires.

(*f*) Le Président de Gouvernement peut agir seul dans beaucoup de cas Parfois aussi, il est tenu de demander le consentement du gouvernement de district ou de la commission de district (finances, affaires ecclésiastiques et scolaires).

(*g*) Le gouvernement de district assiste le président de gouvernement. Il est nommé par l'Etat.

(*h*) La Commission de district se compose : 1) du Président de Gouvernement ; 2) de 2 membres nommés à vie par le Roi

3° *Cercle.*

A) Organe de l'administration autonome :

Diète de cercle (*Kreistag*) (*i*).

B) à la fois organes de l'administration de l'Etat et de l'administration autonome :

1) *Landrat* (*j*).
2) Commission de cercle (*Kreisaùschùss*) (*k*).
Dans les cercles de ville : *Stadtaùschùss* (*l*).

(dont le Verwaltùngs gerichts direktor) ; 3) de 4 membres élus pour 6 ans par la commission provinciale parmi les habitants du district. C'est à la fois une autorité administrative et un tribunal administratif.

(*i*) La Diète de Cercle, élue par les trois catégories d'électeurs, est compétente pour représenter le Cercle dans toutes ses affaires et intérêts.

(*j*) Le Landrat est nommé par le Roi sur la présentation de la Diète de Cercle, et chargé à la fois de prendre des mesures rentrant dans l'administration générale de l'Etat, et de diriger l'administration autonome, en qualité de président de la Diète et de la Commission du Cercle.

(*k*) La Commission du Cercle se compose, outre le Landrat, président, de 6 membres élus par la Diète pour 6 ans parmi les habitants du Cercle. Ses attributions sont très étendues : c'est à la fois un organe de l'administration autonome, un organe de l'administration centrale (Beschlùssbehörde de premier degré) et un tribunal administratif.

(*l*) La Commission de Ville est à la fois également une autorité administrative et un tribunal administratif.

4° *Canton rural ou bailliage.*

1) Bailli (*Amtsvorsteher*).
2) Comité de Bailliage (*Amtsaùschùss*).

5° *Commune ou district de terre.*

1) Assemblée communale (*Gemeindeversammlùng*).
2) Maire (*Gemeindevorsteher* ou *Schùlzegùtsvorsteher*) [dans les communes urbaines, municipalité (*Magistrat*) avec un bourgmestre, président].

En ce qui concerne particulièrement la juridiction administrative, c'est également par l'échelon inférieur que commença l'organisation. Déjà, en 1869, un premier projet confiait au Comité de cercle (*Kreisauschùss*) un certain nombre d'affaires concernant l'administration générale, dont la plupart avaient appartenu aux régences (*Regierùngen*). A vrai dire, l'on ne faisait pas de distinction entre les affaires contentieuses et celles d'administration pure : la procédure devait être la même pour les unes et les autres. Au cas où ces affaires n'étaient pas décidées par le Comité du cercle en dernier ressort, l'appel devait être porté provisoirement devant les Regierùngen, et, plus tard disait le projet, aux commissions provinciales (*Provinzialaùschusse*). Cette partie du projet ne fut pas même discutée devant la Chambre des représentants.

Un deuxième projet, présenté en *décembre 187* , différait du précédent, en ce qu'une procédure légale était organisée, la même d'ailleurs pour toutes les affaires de la compétence du Kreisaùschùss, et, d'autre part, par l'institution d'une deuxième instance, qui était formée à l'image des députations pour l'Indigénat.

Enfin, le texte adopté, qui devint *le règlement du 13 décembre 1872*, réunit, en les modifiant, les idées des deux précédents projets : un grand nombre d'affaires d'administration locale, rangées sous douze numéros, qui ne pouvaient former auparavant que l'objet d'un recours gracieux devant l'autorité administrative, étaient attribuées, sous le nom d'affaires contentieuses administratives, aux Comités de cercle (article 135). Elles se distinguaient des pures affaires d'administration ou affaires de décision (*Beschlùssachen*), non pas tant par leur nature propre (il s'y trouvait en effet des affaires de simple administration, comme la surveillance des communes rurales et des districts de terre) que par la procédure contradictoire, suivant laquelle elles devaient être résolues.

De plus, alors que pour les affaires dites de décision, le recours devait être porté au gouvernement du district, l'appel contre les arrêts rendus par les Comités de cercle en matière contentieuse devait être porté devant les *Bezirksverwaltungsgerichte*, tribunaux administratifs de 2e instance, distincts des gouvernements de district (*Bezirksräte*).

Ce dualisme de conseils dans le district fut combattu dès son origine à cause de sa complexité. Cependant, la loi *du 3 juillet 1875*, qui créa la Cour supérieure administrative, le maintint, malgré la Chambre des députés qui aurait voulu substituer aux tribunaux administratifs de district des « tribunaux provinciaux » avec faculté pour le gouvernement de les répartir suivant les besoins des diverses provinces, mais la Chambre des seigneurs se refusa à la suivre dans cette voie.

Ni la *loi du 26 juillet 1876*, qui régla la compétence matérielle, ni les *lois du 26 juillet 1880* et du *2 août 1880* sur l'organisation de l'administration générale n'apportèrent de modification sur ce point : lors de la discussion de ces dernières lois, la question de « l'instance moyenne » fut cependant discutée à fond. La Commission de la Chambre des députés proposa un Comité de district unique, avec deux présidents, dont l'un, le Regierungspräsident pour les affaires contentieuses, l'autre, le Verwaltungsdirektor pour les affaires non contentieuses. Mais ce projet n'aboutit pas plus que le précédent.

Cependant, la plupart des diètes provinciales s'étant prononcées en faveur de l'unification de l'organisation administrative, en particulier de la réunion du Bezirksgericht et du Bezirskrat, cette dernière solution finit par être adoptée par la *loi sur l'administration locale du 30 juillet 1883*.

Le Comité de district (*Bezirksaùschùss*) fut ainsi créé : tout comme le Comité de cercle, il s'occupe à la fois d'affaires contentieuses et d'affaires de pure administration, mais seulement d'après des procédures différentes. Dans les deux instances, le contrôle juridique n'est donc pas garanti par l'organisation, mais par les règles de la procédure

La législation prussienne devait servir plus ou moins de modèle, dans ses grandes lignes, à celles des autres États allemands, qui, à son imitation, créèrent des tribunaux administratifs : la Hesse, la Bavière, le Grand-Duché de Bade, le Wurtemberg, le royaume de Saxe, sans parler des petites principau tés.

La législation d'Empire, en particulier le *Code d'organisation judiciaire allemand du 27 janvier 1877* ne s'est occupé de l'organisation de la juridiction administrative, que pour poser des règles générales sur plusieurs points importants : notamment en ce qui concerne la compétence, les poursuites contre les fonctionnaires, les conflits. Les États restent libres d'établir des tribunaux spéciaux pour juger les affaires contentieuses administratives, d'en régler l'organisation, d'en fixer les attributions, à la seule condition d'observer les limites de la compétence administrative par rapport à l'autorité judiciaire, telles que les a déterminées la législation fédérale.

Il n'y a pas de Cour administrative d'Empire, mais

seulement quelques institutions particulières, aux attributions bien délimitées, et réglées par des texte spéciaux : leur nomenclature fera l'objet du prochain chapitre.

LIVRE II

L'organisation des Tribunaux Administratifs.

CHAPITRE PREMIER

Les Institutions d'Empire

Nous ne pouvons guère ici que nous borner à une sèche énumération. Voici, d'après leur ordre de dates, les principales de ces institutions :

1) *L'Office impérial pour le domicile de secours* (*das Bundesamt für das Heimatwesen*), organisé par la loi du 6 juin 1870, articles 42-52, siège à Berlin. Il se compose d'un président et de 4 membres au moins, nommés à vie par l'Empereur sur la proposition du Bundesrath, et dont la moitié doit avoir qualité pour les hautes fonctions judiciaires. Leur situation est ana-

logue à celle des membres du tribunal d'Empire (loi d'Empire du 31 mars 1873, art. 43 et 158). La compétence de l'Office a trait aux difficultés au sujet de l'assistance aux pauvres entre sociétés de pauvres (*Armenverbänden*) de différents États, et aux difficultés entre sociétés d'un même État, au cas où cette compétence lui a été attribuée, en vertu de l'article 52 de la loi, par la loi d'Empire (elle ne s'applique pas, en particulier, au Würtemberg, où la Cour de justice administrative remplit le rôle de l'Office impérial). L'Office impérial ne connaît d'ailleurs de ces affaires qu'en dernier ressort. La procédure a été fixée par les articles 42 à 51 de la loi, et par le règlement du 6 janvier 1873.

2) *Die Reichsrayonkommission* (loi d'Empire du 21 décembre 1871, articles 29 à 31) est une commission militaire permanente, où tous les États, sur le territoire desquels se trouvent des fortifications, doivent être représentés. Elle se compose d'un président (ou de son représentant) et de 4 membres. Elle juge les recours contre les arrêtés et règlements des commandants de places dans les affaires de rayon. Elle ne se réunit que sur convocation de l'Empereur.

3) *Das Verstärkte Reichseisenbahnamt* (loi d'Empire du 27 juin 1873) n'est autre que l'Office impérial des chemins de fer, ou autorité chargée de la surveillance en matière de chemins de fer : si une disposition émise par cet Office est attaquée comme contraire aux

lois et règlements en vigueur, il statue lui-même librement et sous sa seule responsabilité, à la seule condition d'être renforcé par l'adjonction de fonctionnaires judiciaires. Dans ce cas, il jouit de la situation d'une cour de justice administrative et n'est pas lié aux prescriptions du chancelier d'Empire (voir, pour les détails d'organisation, le règlement du 13 juillet 1876).

4) *Das Oberseeamt* (loi d'Empire du 27 juillet 1877). Les *Seeämter* ou offices maritimes, institués en vertu de cette loi dans les divers États limitrophes de la mer, connaissent des affaires ayant trait aux sinistres maritimes (causes, responsabilités, etc). Contre leurs décisions, appel peut être formé devant l'Office supérieur, qui statue aussi dans tous les cas où il y a lieu de priver de son emploi pour négligence grave un marin, pilote ou machiniste. Le Oberseeamt est composé d'un président, nommé par l'Empereur, et de 6 membres, dont un nommé par l'Empereur, et les cinq autres choisis pour chaque affaire par le président sur une liste présentée par les États maritimes, à raison de trois noms par État. Pour la procédure, voir les articles 16 à 24 et 27 à 33 de la loi.

5) *L'Office impérial des Brevets* (*Reichspatentamt*) institué par la loi du 25 mai 1877, a été réorganisé par la loi du 7 avril 1891. C'est une autorité permanente, siégeant à Berlin, et dont les membres, en partie permanents et en partie temporaires, sont

nommés par l'empereur. Il statue, suivant des formes judiciaires, en tant qu'il prononce la nullité d'un brevet pour raisons tirées de l'intérêt public.

6) *L'Office impérial d'assurances* (*Reichsversicherungsamt*), créé par la loi du 6 juillet 1884, articles 87 et s , se compose au moins de 3 membres permanents, y compris le président, et de 8 autres non permanents. Les premiers sont nommés à vie par l'empereur, sur la proposition du Bùndesrath ; parmi les seconds, quatre sont pris par le Bùndesrath dans son sein, deux sont élus par les comités de surveillance des sociétés, et deux par les représentants des travailleurs assurés. A côté d'attributions de surveillance sur les sociétés, il tranche en dernier ressort les difficultés relatives aux droits et obligations des détenteurs d'offices d'assurances, à l'interprétation des statuts et à la validité des élections.

7) Enfin, je citerai la *commission impériale instituée par la loi contre les socialistes du* 21 *avril* 1878-31 *mai* 1880. Elle statue sur plaintes dirigées contre la dissolution d'une association ou la saisie d'imprimés faites par l'autorité de police locale, en vertu des pouvoirs que lui confère cette loi. La commission impériale est composée, outre son président nommé par l'Empereur, de quatre membres élus par le Bùndesrath et pris dans son sein, et de cinq membres

appartenant à un des tribunaux supérieurs de l'Empire ou des États.

Sans prolonger cette énumération, je ferai seulement remarquer, qu'il ne s'agit pas là de tribunaux véritables, mais bien plutôt d'autorités administratives. Elles ne se rattachent à la juridiction proprement dite que par les formes contentieuses, dans lesquelles elles statuent dans certains cas (1) (2).

(1) On peut ajouter à ces institutions juridictionnelles les Conseils des Prises (*Preisengerichte*). Au contraire, la Cour des Comptes, telle qu'elle éxiste notamment en Prusse et dans l'Empire, n'est pas une juridiction. Elle ne rend pas d'arrêts proprement dits ; son rôle consiste à reviser les comptes et à communiquer à l'administration le résultat de leur examen. La décision définitive est prise, suivant les cas, soit par l'administration elle-même, soit par les tribunaux ordinaires ou administratifs (Cf. Laband, *op. cit.*, éd. all., II, 970).

(2) Cf. Sarwey, das öffentl. Recht ùnd die V.w.rechtspflege, p. 705.

CHAPITRE II

Les tribunaux administratifs dans les différents États.

Je n'ai point l'intention d'étudier, sous cette rubrique, l'organisation détaillée des tribunaux administratifs de tous les États allemands, qui en ont établi. Je bornerai mes explications ici, comme dans les chapitres suivants, aux deux législations les plus intéressantes, c'est-à-dire à la Prusse et à la Bavière, en me contentant, pour les autres législations, de donner des références ou de signaler les points les plus saillants.

SECTION I

Les voies d'instance et la situation des juges.

§ 1. *La Prusse* (1).

La législation prussienne est de beaucoup la plus complexe. Elle présente trois degrés d'instances :

(1) Voir les détails déjà donnés sur son organisation, L. I,

1) L'instance inférieure est formée par le *comité de cercle* (1), composé, ainsi que nous l'avons vu, de membres élus parmi les habitants du cercle, et sous la présidence d'un fonctionnaire d'Etat, le Landrat. Dans les cercles de villes (constitués par les villes de plus de 25.000 habitants) (2), ce comité est remplacé par un *comité de ville*, composé du bourgmestre, président, et de quatre membres de la municipalité élus par elle pour toute la durée de leurs fonctions municipales : il exerce les mêmes attributions administratives et contentieuses que le comité de cercle.

Le comité de cercle (ou de ville) est, en général,

ch. 3, sectión 2. La législation en vigueur est contenue dans la loi du 30 juillet 1883 relative à l'administration locale (L. V. G. = Gesetz über die allgemeine Landesverwaltùng) et la loi du 1er août 1883 qui a déterminé la compétence des autorités et tribunaux administratifs (Z. G. = Gesetz über die Zùständigkeit der Verwaltùngsbehörden ùnd Verwaltungs gerichtsbehörden). C'est par ces lettres que, suivant l'usage allemand, nous désignerons ces deux lois au cours de notre étude. — De plus, certains textes antérieurs ont toujours force de loi : notamment, les dispositions non abrogées des lois du 13 décembre 1872 et du 3 juillet 1875. — Sur la juridiction administrative prussienne, on peut consulter : *Von Bismark*, die Preussische V. w. rechtspflege ùnd ihre Reform (dans Hartmann's Zeitschrift, V, 1879) ; *Von Stengel*, Dictionnaire, II, p. 488 s. et 720 s. ; *Gneist*, Zùr V. walt. reform ùnd V. w. rechtspflege in Preùssen (1880). *Von Braùchitsch*, Commentaire, 12e édit., tome I ; *Bornhak*, Preùss. Staats recht ; *Otto Müller*, die Begriffe der V. walt. rechtspflege nach preùss. Recht (Berlin, 1895).

(1) Loi de 1872, art. 131-133, 173 ; L. V. G., art. 4, 7, 36 s.

(2) Berlin forme un district, L. V. G. art. 43.

compétent pour statuer sur le contentieux de l'administration locale dans l'étendue de sa circonscription, et pour juger les contestations soit entre les particuliers et l'administration des communes, des districts de terre, des bourgs et des villes, soit entre plusieurs administrations locales, établissements publics, communautés d'habitants ou corporations.

Cependant sa compétence est limitée en ce qu'il ne connaît pas des différends intéressant les cercles ruraux et urbains des villes de plus de 10.000 habitants, et d'autre part en ce que certaines affaires considérées par la loi comme plus importantes, notamment celles qui intéressent les communes urbaines, lui sont enlevées, en vertu de dispositions spéciales, pour être déférées au comité de district (1).

2) *Le comité de district* (2), qui forme la deuxième instance (et exceptionnellement la première) a plus le caractère d'un tribunal administratif que le comité de cercle, en ce que ses membres jouissent de la situation des juges des tribunaux ordinaires, relativement à l'im-

(1) Je ne crois pas devoir énumérer ici toutes les affaires pour lesquelles le comité de cercle est compétent, pas plus que je ne le ferai pour le comité de district. L'on pourra se reporter aux textes de la loi de compétence de 1883 et de certaines lois postérieures, publiés à leur date dans l'Annuaire de législation étrangère. Voir aussi Laferrière, I, p. 49 et s., et dans cette étude les pages consacrées à la compétence.

(2) L. V. G. art. 28., 11-13,

mutabilité, l'indépendance et la discipline (1), tandis qu'il n'en est pas de même du comité de cercle, dont l'indépendance réside seulement dans ce fait, qu'il n'est pas lié, dans ses arrêts, à l'avis antérieur des autorités administratives (2).

Tout comme le comité de cercle, il se compose en majeure partie de membres élus, mais ici aussi, les intérêts de l'administration centrale sont assurés par la présence d'un fonctionnaire supérieur, le président de gouvernement (3), qui préside et dirige, aussi bien lorsque le comité agit comme autorité administrative que lorsqu'il siège comme tribunal (4).

3) *Le tribunal administratif supérieur* (5) est en-

(1) Ils sont soumis aux lois relatives à l'action disciplinaire vis à-vis des magistrats du 7 mai 1851 et du 26 mars 1856. Le tribunal disciplinaire est le tribunal administratif supérieur, réuni en assemblée générale : le représentant du ministère public est nommé dans chaque affaire par le président de ce tribunal.

(2) Bien qu'élus, et bien que fonctionnaires honorifiques, pourvus d'un « Ehrenamt », les membres du comité de cercle n'en sont pas moins de véritables fonctionnaires subordonnés (en tant qu'autorités administratives) au gouvernement de district.

(3) A Berlin, le président supérieur.

(4) Il n'est pas inutile de remarquer qu'en France le préfet a, dans des conditions analogues, la présidence du Conseil de Préfecture, mais il n'en use pas en fait, lorsque celui ci siège comme tribunal. Au contraire, en Allemagne, où ce rôle effectif est plus nécessaire, étant donnée la différence de composition du comité de district.

(5) Loi de 1875 (titre IV, art. 17-30 et 88).

tièrement composé de juges nommés à vie par le Roi sur la proposition du ministre d'Etat : la moitié d'entre eux doit remplir les conditions exigées pour les fonctions administratives, l'autre moitié les conditions d'aptitude judiciaire : ils doivent avoir 30 ans et ne remplir, en principe, aucun autre emploi salarié (1). Ils jouissent des garanties des membres du Tribunal d'Empire, de telle sorte qu'ils ne peuvent être déchus de leurs fonctions, et privés de leur traitement que par décision du tribunal supérieur statuant toutes sections réunies, et seulement s'ils sont condamnés en dernier ressort à une peine infamante ou à plus d'un an d'emprisonnement. Ils ne sont mis d'office à la retraite (avec attribution d'une pension) que s'ils sont reconnus physiquement ou intellectuellement incapables de remplir leurs fonctions (2), (loi d'organ. judiciaire, art. 128-131).

Le tribunal supérieur est divisé, comme notre Conseil d'Etat, en sections (3) (*Senate*), qui statuent, soit sépa-

(1) Sauf certaines exceptions, dans le cas où la loi le permet pour un juge de même rang (loi d'org. jud., art. 19 ; loi du 30 avril 1856) ; ils peuvent notamment être en même temps professeurs de Facultés de Droit (loi du 26 août 1851, art. 15).

(2) Une déchéance provisoire peut être prononcée quand une action pour crime ou délit est ouverte contre un membre du tribunal ; elle a lieu d'office, quand une enquête est ordonnée, et pour toute la durée de celle-ci : dans aucun cas, le droit au traitement n'est touché.

(3) 8 sections, chacune de 5 membres au moins ; elles peuvent être partagées elles-mêmes en chambres d'au moins 3 membres.

rément, soit en réunion plénière, selon l'importance des affaires.

Il est à la fois tribunal d'appel en deuxième (ou troisième) instance contre les sentences rendues par le comité de district, et tribunal de revision contre des décisions rendues en dernier ressort (art. 93-94, Z. G.). Exceptionnellement même, il juge en premier et dernier ressort (1) (2).

La répartition des membres et des affaires entre les sections est faite au commencement de chaque année par le président. « Si une section veut s'écarter, dans une question de droit, d'une décision antérieure d'une autre section ou des sections réunies, elle doit renvoyer l'affaire et la décision à rendre à l'assemblée plénière » (art. 29, loi 1875) : la décision de l'assemblée plénière ne peut d'ailleurs porter que sur le point de droit (loi du 27 mai 1888).

(1) Notamment, en cas de recours contre les décisions administratives rendues par le président de gouvernement ou par le président supérieur, en matière de police (art. 127, al. 3, L. V G) de recours des présidents supérieurs des provinces contre les décisions de l'assemblée provinciale ou du comité provincial (art. 126) [voir *infra*, p. 139], en matière de conflits de compétence entre l'administration et les tribunaux administratifs [v. *infrà*, p. 88], de plaintes contre la conduite de la procédure dans l'instance de district [v. *infrà*, p. 162, note 1], et dans quelques autres cas. Le tribunal supérieur constitue également la juridiction disciplinaire, en dernier ressort, à l'égard des fonctionnaires et des membres des corps administratifs du cercle et du district (lois des 29 juin 1875, 2 août 1880, 8 mai 1889).

(2) Les décisions du tribunal supérieur ont une importance considérable dans la formation du droit administratif prussien et même allemand. On les trouvera dans le recueil de Jebens et Meyeren (tomes 1 à 40, années 1877-1902). V. aussi Anschütz, die Rechtsprechüng des Oberverwaltungs gerichts dans le Preùss.

§ 2. *La Bavière.*

Bien que l'idée de self administration dans les corps locaux ait été introduite aussi en Bavière (1), elle n'y a pas été développée par la législation dans les mêmes proportions qu'en Prusse, et il en est ainsi notamment en ce qui concerne la juridiction administrative. A vrai dire, son organisation se rapproche beaucoup plus du système français, ou mieux du système autrichien, que du système prussien (2). Comme en

v. Walt. blatt, V, 390, VI, 593, et le numéro consacré au 25e anniversaire (Preuss. V. w. blatt, IX, n° 7, 17 nov. 1900).

(1) La Baviere est divisée en huit cercles (Kreise ou Regierüngskreise) dont sept sur la rive droite du Rhin ; ils sont administrés par des régences de cercle, composées de deux chambres (finances et intérieur). Au dessous, on trouve des autorités inférieures chargées de l'intérieur ou de la police (*Distriktsverwaltüngs*, ou *polizeibehörden*) et des finances (*Rentämter*). Les premières sont les *Königliche Bezirksämter* reposant sur le système bureaucratique, et les « Magistrate der unmittelbaren Städte ». assemblées collégiales. Münich a une organisation spéciale. Les communes, districts et cercles sont des organes de self administration, mais ce mot ne peut être pris ici avec une acception aussi large qu'en Prusse : l'autonomie dont jouit le cercle, en particulier, est fort peu de chose (V. Von Seydel, Bayerisches Staatsrecht, 1896, t. I, et Combes de Lestrade, Les Monarchies de l'Empire allemand (1904), pp. 346 et suiv.).

(2) L'organisation de la justice administrative bavaroise date de la loi du 8 août 1878 (après deux projets demeurés sans résultat de 1867 et de 1869), complétée par les règlements du 31 août 1879, du 1er septembre 1879, et du 25 janv. 1901 (ces derniers ont réglé la procédure). Auparavant, malgré les lois

Autriche, il n'existe en Bavière qu'un tribunal administratif indépendant, qui est la *Cour de justice administrative* de Munich.

Au dessous, l'on ne trouve que les autorités administratives ordinaires, c'est-à-dire des corps uniquement composés de fonctionnaires, sans adjonction de l'élément « laïque » (*Laienelement*) : ce sont elles aussi qui, pour certaines matières énumérées par la loi, font l'office d'organes de juridiction ; juges et administrateurs sont absolument les mêmes personnes (1).

Une procédure contentieuse particulière est même absente en première instance, c'est-à-dire devant les autorités administratives de district (*Bezirksämter* et *Magistrate*) et ne se rencontre qu'en deuxième instance

du 4 juin 1848 sur l'organisation judiciaire et du 28 mai 1850 relative aux conflits de compétence, la séparation entre la justice et l'administration n'existait point : la juridiction administrative demeurait un élément de l'administration. L'instance supérieure était formée tantôt par les ministres, tantôt par le Staatsrat (notamment en matière d'expropriation). La réforme de 1878 fut dominée non pas tant par le besoin d'une juridiction indépendante et plus spécialement compétente (juges et fonctionnaires administratifs ont, en fait, reçu la même instruction) que par la nécessité de créer un organe supérieur, chargé de maintenir l'unité de droit. **Bibliographie** : Müller, die innere Verwaltung ùnd die V. w. gerichtsbarkeit in Bayern (dans Hartmann' Zeitschrift, V. 1879) ; Von Seydel (Dict. adm. de Stengel, II) ; id. Bayer. Staatsrecht, II, 467-528 ; id. dans Marquardsen, III, pp. 92 et s.

(1) En Prusse, les comités de cercle ou de district collaborent bien à l'administration, mais ne sont pas l'administration ; elles n'ont jamais le pouvoir exécutif.

auprès des *régences de cercle* (1) : procédure analogue quoique simplifiée, à celle qui fonctionne dans les comités de district prussiens (formation en sections, publicité, débats oraux et contradictoires) (2).

Contre les décisions de ces tribunaux, un recours existe toujours devant la Cour administrative (3), qui statue alors en deuxième ou troisième instance (art. 8 de la loi). Dans un certain nombre de cas (art. 10 et 11), elle siège même en première et dernière instance : c'est qu'alors les autorités, dont les décisions sont attaquées (régences de cercle, ou certains organes administratifs spéciaux, tels que le comité supérieur des mines, la direction générale des douanes, etc.) n'ont pas fonctionné comme tribunaux, mais comme simples organes administratifs : ils ont émis non un

(1) Exceptionnellement les régences de cercle peuvent décider en première instance.

(2) Voir *infra*, p. 166.

(3) Là Cour se compose d'un président, de 2 directeurs et du nombre nécessaire de conseillers, (13 dont 2 de l'administration des finances) nommés à vie sur la présentation du Conseil des Ministres et avec l'agrément du plenum de la Cour. Ils jouissent des mêmes droits et prérogatives que ceux du tribunal régional supérieur. La haute surveillance sur elle (Dienstaùfsicht) appartient au Ministre de l'Intérieur. Cependant les sentences qu'elle rend en vertu de sa compétence ne peuvent pas être réformées par décision ministérielle (art. 15). Les arrêts de la Cour bavaroise sont réunis dans le recueil de Reger, édité à Ansbach depuis 1880. V. aussi Hùtter, die Rechtsgrùndsätze der Entscheidùngen des bayer. V. W. gerichtshofes, Würtzbourg, 1884 et 1888.

jugement, mais une décision (*Bescheid*) et la Cour statue ici non pas sur appel, mais sur demande en revision (*Beschwerde*) (1).

§ 3. *Les autres États.*

Le système prussien n'a été imité de très près que par le grand-duché de *Hesse*. La loi actuellement en vigueur (loi du 12 juin 1874) n'est bien souvent que la reproduction textuelle de la loi prussienne de 1872 (2).

(1) Cependant, elle n'est pas liée par les constatations de fait du jugement attaqué, mais peut renvoyer devant l'instance inférieure afin de les compléter. Elle-même ne saurait le faire : le droit bavarois exclue, d'ailleurs, d'une façon absolue de la justice administrative les questions de libre appréciation (V. *infra*, p. 124). La Cour de justice administrative décide aussi en instance unique de certaines affaires, où l'Etat est particulièrement engagé (questions relatives a l'exercice des droits politiques : acquisition ou perte de la qualité de citoyen allemand ou bavarois, dissolution des associations, liberté d'émigration d'un Etat dans un autre, etc. ; matière d'expropriation ; de servitudes ; d'utilité publique, etc.). Elle résout, de plus, la question préjudicielle en cas de poursuites contre fonctionnaires (V. *infrà*, p. 114.

(2) Mais, déjà avant cette époque, existaient en Hesse des autorités administratives munies de pouvoirs juridictionnels : les conseils de district (Bezirksräte), devant lesquels se portaient les recours contre les décisions prises en certaines matières par les autorités inférieures, et même une Cour de justice administrative (Administrativjustizhof) statuant en appel ou en 1re instance, parfois, il est vrai, avec recours au Staatsrat ou devant le Ministre de l'Intérieur. Cette organisation, datant des édits des 6 juin 1832 et 4 février 1835, avait été fixée en dernier lieu par l'édit du 12 mai 1852 et la loi du 10 février 1853. La loi de 1874

Comme en Prusse, nous trouvons ici aussi trois instances : le comité de cercle et la commission provinciale, qui sont en même temps des organes administratifs, et où entrent des membres élus, puis la Cour administrative siégeant dans la capitale ; mais, contrairement à la Cour prussienne, celle-ci n'a pas à examiner les affaires au point de vue du fait : elle est uniquement Cour de cassation ou de revision.

La législation *würtembergeoise* se rapproche plutôt de celle de la Bavière, qui lui est, du reste, postérieure (1). Comme celle-ci, elle n'a pas de tribunaux

a transformé les instances inférieures sur le modèle prussien: *Kreisaùschüsse* (6 habitants des cercles nommés par le Kreistag et présidés par le Kreisrat) : et *Provinzialaùschüsse* (8 habitants nommés par la Diète de la province et sous la présidence du directeur de la province). *La Cour de justicc administrative* a été réorganisée, de la même taçon, par les lois du 11 janvier 1875 et du 16 avril 1879 : elle est composée de 7 membres assimilés à des magistrats — **Bibliographie :** Gareis, Das Staatsrecht des Grossherzogstùms Hessen (dans Marquardsen, III, I, 3, p. 80) ; Dr Zeller, Handbuch der Verfassùng ùnd Verwaltùng im Grossh. Hessen (pages 1, 40, 125, 151) ; id., Dictionnaire de Stengel, II, p. 747.

(1) La loi würtembergeoise est du 16 décembre 1876. Mais dès 1819, l'Acte Constitutionnel (art. 36-37) permettait à tout particulier, non seulement d'intenter un recours hiérarchique, auquel l'autorité était obligée de répondre, mais même, une fois que celle-ci avait statué, de porter sa demande devant la Diète : si les États reconnaissaient que les divers degrés hiérarchiques avaient été parcourus et que la plainte méritait d'être examinée, le Conseil privé (*Geheimerat*) était tenu, sur leur demande, de leur transmettre tous les renseignements utiles. Par le fonctionnement de ce Conseil, qui tenait lieu de Haute-Cour de justice,

administratifs inférieurs spéciaux: ce sont les régences de cercles (*Kreisregierungen*) qui en remplissent les fonctions Le pivot, ici aussi, réside dans la Cour supérieure, devant laquelle sont portés les appels contre les décisions des régences de cercles, et, dans quelques cas spéciaux, du conseil supérieur des mines, de la direction centrale de l'agriculture, de la commission pour l'abolition du lien féodal (*Ablösungscommission*) (loi du 8 octobre 1874). Elle statue, de plus, en premier et dernier ressort, sur la question préjudicielle d'excès de pouvoirs en matière de poursuites contre les fonctionnaires, et sur les demandes d'annulation

le Würtemberg s'est distingué, pendant plus d'un demi-siècle, des autres États allemands ; il n'assurait pas, il est vrai, toutes les garanties désirables, car il était en même temps une Haute Assemblée chargée de veiller sur la Constitution, et un organe de gouvernement ; il était, de plus, très difficile à mettre en mouvement. Aussi, depuis 1855, ne fonctionnait-il guère plus comme tribunal administratif (loi du 30 novembre 1855 sur les recours en matière contentieuse administrative). Cette dernière loi a été elle-même abrogée par la loi de 1876. — Enfin, une nouvelle réorganisation de la juridiction administrative résultera bientôt, peut-être, du vote d'un projet plus étendu de réforme administrative, qui est en ce moment en discussion devant les Chambres (il a été déposé le 11 juillet 1902) : il aurait notamment pour objet de faire entrer dans les régences de cercle des délégués des corps électifs. — **Bibliographie :** Schlayer, V. w. rechtspflege in Würtemberg (Hartmann's Zeitschrift, VI, 1880) ; Sarwey, op. cit.; Jolly, dans les Tübinger Z. für das ges. St. s. p. 34, 574 et s.; idem, dans le Dictionnaire de Stengel, II, 742 ; Dr Karl Gœz, die V. w. rechtspflege in Würtemberg (1902).

formées contre les décisions de l'autorité administrative pour illégalité, violation d'un droit ou imposition d'une charge contraire à la loi (art. 13) (1).

La juridiction *badoise* n'admet, elle aussi, que deux instances : le comité de district (*Bezirksrat*), et en appel *la Cour de justice administrative*, qui décide parfois aussi en première et dernière instance (notamment en cas de conflits entre parties, si l'État est intéressé; en matière de question préjudicielle sur poursuites contre fonctionnaires, et de recours contre les règlements de police des autorités de district et du conseil de district, et contre les décisions de l'autorité centrale lésant l'autonomie communale). Mais elle se rapproche du système prussien en ce qu'elle accorde, dans le *Bezirksrat*, une certaine place aux « laïques » : outre l'*Oberamtmann*, fonctionnaire grand-ducal, il comprend six à neuf membres du district choisis par le ministre sur une liste triple dressée par l'Assemblée du cercle (2).

(1) Ce recours en annulation de l'article 13, que l'on a souvent rapproché de notre recours pour excès de pouvoir, dont il a été en effet vraisemblablement inspiré (de même que de la législation autrichienne), s'explique surtout par l'ancien état de droit würtembourgeois et par le souvenir des articles 37 et suiv. de l'Acte de 1819 (V. la note précédente).

(2) Le Bezirksrat badois est, à proprement parler, le premier tribunal administratif institué en Allemagne. Il date de la loi du 5 octobre 1863, qui réorganisa l'administration : ce que Blüntschli qualifiait de « création géniale », consista à introduire pour la première fois l'élément élu dans l'instance inférieure ;

Enfin, le régime établi tout récemment en *Saxe* (1)

en même temps, une Cour de justice administrative était créée, dont les membres obtinrent d'une loi du 26 février 1880 les garanties d'indépendance judiciaire. La loi du 14 juin 1884, qui gouverne aujourd'hui la matière, étendit la compétence des tribunaux administratifs. La procédure est réglée en partie par cette loi, et en partie par les règlements des 5 et 31 août 1884, conformément aux principes prussiens. Les lois du 17 mai 1886 et du 30 mai 1899 contiennent des modifications peu importantes. **Bibliographie** : Röttinger, die bad. V. w. rechtspflege (Heidelberg, 1887) ; Wielandt, dans Hartmann's Zeitschrift, I, 4e cahier ; Schenkel, dans le Dictionnaire de Stengel, II, 743. On trouvera des extraits de la jurisprudence de la Cour administrative dans le Zeitschrift für Bad. Verwaltung, publié par Wielandt.

(1) La loi saxonne est du 17 juillet 1900. Auparavant, la loi du 31 janvier 1835 avait déjà essayé d'établir une procédure spéciale dans les affaires dites de parties, mais elle était vite tombée en désuétude, parce qu'on la jugea incommode.

Lors de la réorganisation administrative de 1873-74, qui eut pour résultat la séparation de la justice et de l'administration dans les instances inférieures, on institua dans les *Amst*-et *Kreishaüptmannschaften* (capitaineries de cercle et de district) des comités élus, chargés, sous la présidence du fonctionnaire supérieur, de délibérer sur un petit nombre d'affaires administratives. Mais aucune distinction n'était faite entre les affaires d'administration pures et les affaires contentieuses pour lesquelles il n'y avait pas de procédure spéciale. Un projet de réforme fut présenté par le Gouvernement en 1897, mais c'est seulement après trois ans de discussions motivées par l'opposition de la première Chambre que l'on est arrivé à un compromis : la loi actuelle. **Bibliographie** : Sur la législation avant 1900 : *Leuthold* (dans Marquardsen, Handbüch des öff. Rechts, II, 2) ; idem dans le Dictionnaire de Stengel, II, 738. Sur la loi de 1900 : *Wengler*, die V. w. rechts pflege im Königr. Sachsen (Archiv für öff. Recht, 1902, t. XVII, 2e cahier), E. Meier, dans l'Encyclopédie d'Holtzendorff, 6e édit., 1903, nos 19 et 22.

semble présenter plus d'analogie, dans son ensemble, avec l'organisation bavaroise qu'avec l'organisation prussienne : les « capitaineries » de cercle (*Kreishauptmannschaften*), élevées du rang de simples autorités administratives à celui de tribunaux, ont conservé leur organisation ancienne (1); seule, la procédure suivant laquelle elles doivent juger les affaires contentieuses est nouvelle et spéciale. La deuxième instance est formée par le Tribunal Supérieur, siégeant à Dresde, semblable à la Cour wurtembergeoise, et qui statue, dans certains cas, en premier et dernier ressort : notamment sur recours (*Anfechtüngsklage*) intentés contre des jugements définitifs des autorités administratives, même du ministre de l'intérieur, et sur recours des présidents des comités de cercle ou de district contre les décisions de ceux-ci. Il peut même entrer dans l'examen des faits et connaître de l'affaire elle-même (2).

(1) Elles comprennent le *Kreishaüptmann*, nommé par le Roi, qui, avec deux autres fonctionnaires, forme l'organe exécutif, et une délégation (le comité : *Kreisaùschùss*), qui est l'organe délibérant. Il y a en Saxe cinq « capitaineries » de cercle, et 27 de district; les comités élus qui administrent ces dernières ne sont pas des tribunaux administratifs.

(2) Sur la législation des petits Etats,Anhalt (loi du 7 mai 1888), Brùnswick (loi du 5 mars 1895), Lippe (loi du 9 fév. 1898), Saxe-Cobourg-Gotha (loi du 25 nov. 1899), etc. voir Combes. de Lestrade, *op.cit.*, pp. 535 et s. En ce qui concerne l'*Alsace-Lorraine*, je n'ai pas à m'en occuper dans cette étude : la loi du 30 décembre 1871 a en effet maintenu aux conseils de district l'ancienne

De l'exposé précédent, il suit qu'il n'existe, en première instance, de tribunaux complètement indépendants vis-à-vis de l'administration, dans le sens que l'on donne généralement à ce mot, c'est-à-dire eu égard à leur organisation interne, qu'en Prusse et dans le grand-duché de Hesse. Dans tous les autres États, la fonction juridictionnelle se confond, au premier degré de juridiction, avec l'administration active ; et cela est à retenir, quand on veut comparer l'état de choses en Allemagne et dans notre pays. Le seul point de vue sous lequel on puisse considérer une plus grande garantie d'indépendance dans les tribunaux allemands consiste en ce que les fonctionnaires qui y siègent jouissent, selon le droit commun, d'une situation beaucoup plus libre et plus forte vis-à-vis du gouvernement que chez nous (1).

compétence des conseils de préfecture, du moins dans les affaires essentielles (élections, impôts directs, voirie, mais non travaux publics). A la place du Conseil d'Etat, statue en deuxième et dernière instance, le Conseil impérial, siégeant à Strasbourg, et composé de dix membres nommés par l'Empereur; mais il n'a pas hérité des attributions larges de compétence du haut tribunal français. La procédure devant les deux instances, conforme aux principes du droit prussien, a été réglée en dernier lieu par le règlement du 23 mars 1889. Cf. O. *Mayer* (dans Stengel, Dictionnaire, II, 750) ; *Léoni et Mandel* (dans le recueil de Marquardsen, 2e éd. 1895, II).

(1) En revanche, il est à remarquer que si les conseils de préfecture (et aussi le Conseil d'Etat) participent à l'administration active, ce n'est jamais qu'à titre consultatif ; ce ne sont pas des autorités administratives prenant des décisions. S'il en est éga-

Quant à la composition entièrement ou à demi élective des comités de cercle et de district (ou de province) prussiens et hessois, qui rappelle le système des directoires français de 1790 et de l'an III, il est permis de se demander si l'avantage qui consiste à avoir des tribunaux indépendants du « gouvernement de parti », selon le mot de Gneist, n'est pas acheté bien cher par le danger, non moins réel, de les voir soumis a cette autre influence, plus néfaste peut-être : celle du gouvernement de clocher, de « parti » local !

Section II

La Représentation de l'intérêt public.

Quelque décentralisée que soit l'organisation administrative, et si indépendante la juridiction soit-elle

lement ainsi des comités de cercle (et de district) prussiens, qui sont des corps délibérants, mais non exécutifs, il n'en est pas de même en général dans les autres Etats allemands, particulièrement en Bavière.

En ce qui concerne la juridiction supérieure, la situation me paraît être, au point de vue des garanties d'indépendance, sensiblement la même en France qu'en Allemagne : si les membres du Conseil d'Etat ne jouissent pas, en droit, de l'inamovibilité judiciaire, il n'est pas douteux qu'ils la possèdent en fait. Leur impartialité vis-à-vis des particuliers, garantie par des textes récents, (Cf. notamment loi 24 mai 1872, art. 10, 17, 20. Déc ret du 2 août 1879, art. 5) n'est plus aujourd'hui sérieusement contestée.

vis-à-vis du gouvernement, il n'en apparaît pas moins utile que l'intérêt public, c'est-à-dire l'administration, soit représentée auprès des tribunaux administratifs.

- Cette représentation est cependant organisée d'une façon fort différente selon les États et nous trouvons, ici encore, une distinction essentielle entre la Bavière et la Prusse. Tandis que la première ne connaît de ministère public analogue à celui qui fonctionne en France auprès des conseils de préfecture et du Conseil d'État (1), que dans la Cour administrative (2), mais nullement dans les instances inférieures, la législation prussienne, après de longs débats parlementaires, s'est refusée à adopter cette institution dans aucune instance. L'intérêt public est protégé d'une façon plus simple : dans les instances inférieures, d'un côté, par

(1) Les fonctions de commissaire de gouvernement auprès du Conseil de Préfecture sont remplies par le secrétaire général ou par un auditeur au Conseil d'Etat, loi du 21 juin 1865, art. 8 (à Paris par quatre commissaires de gouvernement qui n'exercent aucune fonction de l'administration active. (D. du 28 juill. 1881, art. 2). Il donne ses conclusions sur toutes les affaires (loi du 22 juil. 1889, art. 46). Auprès du Conseil d'Etat, le ministère public est organisé de façon sommaire (4 maîtres des requêtes ayant le titre de commissaires du gouvernement) (Ord. du 12 mars 1831), mais communication du dossier doit être faite, dans tous les cas, au ministre afin qu'il présente ses observations (D. du 2 nov. 1864, art. 8).

(2) Le Staatsanwalt peut demander et recevoir des instructions des ministres auxquelles il doit se conformer. A chaque débat oral, un Staatsanwalt doit prendre part à la discussion et déposer des conclusions (loi de 1878, art. 4 et 42). Comp. Bade, art. 53, 89, 95, 107, 114 ; Würt., art. 20.

la présence du chef de l'administration (Landrat ou président de cercle) qui, comme nous l'avons vu, préside le tribunal, et qui (du moins pour le district) a le droit de faire appel ou d'intenter un recours en revision devant l'instance supérieure, en tout temps et indépendamment de la volonté des parties, uniquement pour « des raisons d'intérêt public » (1); d'un autre côté, par ce fait que dans toutes les instances où l'autorité publique est partie, un commissaire *ad hoc* peut (ou même doit), en cas de silence de la loi, être désigné pour représenter l'intérêt public. Il en est de même dans les affaires entre particuliers, où l'ordre public est intéressé au moins indirectement (2). Auprès du Tribunal supérieur, il n'y a pas de ministère public (3).

(1) L. V. G. art. 82, 83, 92 (Id. Bade, art. 89 et 95). Sur la question préjudicielle de savoir s'il y a réellement intérêt public, L. V. G., art. 91.

(2) L. V. G., art. 74, al. 1 et 2, et 84; Würt, art. 43, 44, 52.

(3) Il en est de même en Autriche (art. 30).

LIVRE III

L'objet et le caractère juridique de la juridiction administrative.

CHAPITRE PREMIER

L'objet de la juridiction administrative.

Des tribunaux administratifs sont établis aujourd'hui dans la plupart des États de l'Empire allemand, et cependant la doctrine n'est toujours pas d'accord sur le but de la juridiction administrative, et par suite sur son caractère.

On peut relever, dans la lecture des auteurs qui se sont occupés de cette question, jusqu'à trois opinions principales : tandis que les uns voient le devoir des tribunaux administratifs uniquement dans la protection

de droits publics subjectifs, les autres estiment que sur le terrain du droit public, il ne saurait exister de tels droits mais tout au plus des effets réflexes (*Reflexwirkungen*) des règles objectives concernant l'Etat : par suite, le but de la juridiction administrative consisterait simplement dans le maintien de l'ordre public juridique (*Aufrechthaltung der öffentlichen Rechtsordnung*).

Enfin, dans un troisième système, sans nier l'existence de droits publics au profit des individus, on pose en principe que la justice administrative peut être appelée à veiller à l'observation du droit positif, de l'ordre juridique pour lui-même, que de véritables droits individuels en résultent ou non.

§ 1. — La controverse sur l'existence des droits subjectifs publics remonte à l'ouvrage de Gerber « *Ueber öffentliche Rechte* » (1852) (1). Si elle nous a peu occupés en France, elle a fait au contraire couler des flots d'encre en Allemagne ; la raison en est que nous sommes habitués, déjà de longue date, à considérer les droits de l'individu comme antérieurs et supérieurs à ceux de l'Etat ; ce fait nous paraît comme une vérité au dessus de toute démonstration, et aujourd'hui que les vieilles théories de l'état de nature ou de contrat social ne sont plus en faveur, nous en cherchons, d'ordinaire, l'explication simplement dans

(1) Not. pp. 29 à 36, idem, *Grundsätze*, pp. 45, 221 et suiv.

notre conscience (1). Il n'en est pas ainsi en Allemagne, où l'idée de l'Etat de droit est toute récente, à peine dégagée du régime de police, dans lequel la volonté du prince constitue la « suprema lex », où les droits de l'individu n'apparaissent bien souvent encore que comme des concessions de la puissance absolue de l'Etat Ces droits que l'Etat concède, c'est à lui seul, dit-on, qu'il appartient aussi de les réaliser au profit de l'individu : il ne peut être question dès lors que de droit objectif, là où l'on croit voir des droits subjectifs...

Il ne m'appartient pas de discuter au fond une semblable théorie : en avoir montré le fondement, c'est déjà la saper par la base, puisqu'elle repose sur une conception arriérée de la souveraineté, contraire à l'Etat de droit. Elle aboutit d'ailleurs à des conséquences inadmissibles et absurdes : l'on en déduit logiquement, en effet, qu'il faut refuser l'existence de droits individuels, aussi bien sur le domaine du droit privé que sur celui du droit public, étant donné que, même dans les rapports particuliers, il faut recourir à l'Etat pour l'exécution des jugements (2).

(1) « Le fondement des droits individuels est dans cette idée que la source de tout droit se trouve dans l'individu, parce que lui seul est un être réel libre et responsable » (Esmein, Elém. de Droit const. 2e édit.. p. 347). Cf. aussi Beudant, le Droit individuel et l'Etat (1891).

(2) Larnaude, Cours professé à l'Ecole de Droit, année 1900-1901.

§ 2. — Cette doctrine est à peu près universellement abandonnée aujourd'hui en Allemagne (1). Un grand nombre de juristes font même de la protection des droits publics subjectifs le but exclusif de la justice administrative. Mais dès que l'on cherche à donner la liste de ces droits, à déterminer par conséquent, au préalable, leurs caractères spécifiques, la difficulté commence, et de profondes divergences apparaissent dans la doctrine. Un criterium certain semble, en effet, impossible à trouver : selon *Hegel*, le droit subjectif est un « pouvoir de vouloir » (Wollendürfen) accordé par la loi : ce qui est bien vague. Pour *Iehring* (2), c'est un intérêt protégé juridiquement, « une sûreté juridique de jouissance » : ce qui est tourner dans un cercle (3). *Jellinek* cherche à concilier ces deux concep-

(1) *Sic*, *Löning*, Lehrbuch des V. Rechts, pp. 797, 812 ; G. *Meyer*, Lehrbuch des D. Staatsrechts, pp. 636 et s. Cependant l'on trouve encore, parmi les auteurs récents, certains, pour lesquels de semblables droits sont logiquement impossibles : *Schuppe*, Begriff der subj. Rechte, p. 88 ; *Bornhak*, Preüss. Staatsrecht, I, p. 268 et s. — On peut consulter également sur cette question : *Laband*, St. R. I, p. 149 ; *Seydel*, Gründz. einer allg. Staatslehre, pp. 38 p. s., 57 p. s.; id. Bay. St. R. I, 570 s.; *Sarwey*, *op. cit.* Surtout : *Jellinek*, System der subj. öff. Rechte (1892); *von Dantscher von Kollesberg*, die politischen Rechte der Unterthanen ; *Stengel*, Dict. administ., II, 177 et s. — En France : *Esmein*, *op. cit.*, 2e éd., 1re partie, t. II, ch. v ; *Duguit*, l'Etat, le Droit objectif et la loi positive, p. 138 et s. ; *Hauriou*, 5e éd., p. 45.

(2) Geist des Römischen Rechts, III, p. 61 ; id. Barthélemy, Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés (1899).

(3) Voir *infra*, p. 121.

tions, semble-t-il si opposées, en définissant le droit subjectif: le « pouvoir de vouloir » reconnu par la loi, dans le but de rendre possible au sujet de droits la réalisation de ses intérêts ainsi protégés juridiquement, c'est-à dire que du fait de la loi naît pour des sujets de droits particuliers une possibilité déterminée dans une certaine limite de mettre en œuvre leur volonté à l'encontre des autres sujets de droits (1).

Ces diverses conceptions, plus métaphysiques que juridiques, ne permettent guère d'arriver à un criterium certain dans la pratique. Aussi trouvons-nous de grandes dissemblances chez les auteurs qui s'efforcent de cataloguer, d'après la loi positive, les droits de l'individu. *Stengel* (2) en distingue trois sortes, selon leur nature: 1° les droits de liberté ou droits fondamentaux (droit de disposer librement de sa personne et de ses biens); 2° les droits civiques (bürgerlichen Rechte) (droit à jouir des institutions d'Etat et autres corps publics); 3° les droits politiques (par exemple, le droit de vote). Mais une partie considérable de la doc-

(1) Comp. Duguit, *op. cit.*, I, pp. 578 et s.

(2) Die V. walt. gerichtsbarkeit ùnd die öffentlichen Rechte (dans les V. w. archiven, t. III, 1895). — Jellinek (*op. cit.*, pp. 76 s.) reconnaît des droits individuels dans les directions les plus diverses : il distingue quatre états (status) caractérisant la situation de l'individu comme membre de la société : 1° les prestations à l'Etat (*status subjectionis*) ; 2° la liberté au regard de l'Etat (*status libertatis*) ; 3° les droits contre l'Etat (*status civitatis*) ; 4° les actes pour l'Etat (*status activus*).

trine (Seydel, G. Meyer, Lōning) nie formellement aux premiers le caractère de droits (1). Laband va plus loin et refuse cette qualité même aux droits politiques (2).

La difficulté s'accentue, si l'on veut distinguer le droit individuel proprement dit de l'intérêt simplement protégé d'une manière quelconque par les règles de l'ordre juridique. Certains admettent, avec Iehring, un droit individuel partout où des intérêts se trouvent protégés par l'ordre juridique, déclarant que si ce n'est point là un droit de l'individu, c'est au moins un droit de l'État (Sarwey, Leùthold, Lōring).

§ 3. — Mieux vaut, dès lors, adopter un autre terrain et faire consister la mission de la juridiction administrative simplement dans la protection de l'ordre juridique. C'est ce que fait, en particulier, *Gneist* (3). Dans ses divers ouvrages, cet auteur s'élève contre la

(1) Ce ne serait que la limitation par la loi du pouvoir exécutif quant à son droit de dominer et d'être obéi.

(2) Le droit de vote ne serait qu'un effet réflexe des règles de droit constitutionnel relatives à la formation des assemblées élues, mais ne serait pas un « jus quæsitum ». De plus, il est intransmissible, inaliénable, incessible.

(3) Cf. notamment *der Rechtsstaat*, p. 273 ; id. *Zorn*, Etudes critiques sur la juridiction administrative, (V. w. archiv, t. II, 1894) ; *O. Mayer. op. cit.*, I, p. 209. Bien que des doutes soient possibles à ce sujet, je ne crois pas qu'on puisse ranger Gneist parmi les auteurs de la première catégorie qui nient l'existence de tous droits subjectifs : Gneist reconnaît, en réalité, une sphère de droits, ignorés de l'antiquité, qui appartiennent à l'in-

conception qui suppose, pour la mise en œuvre de la justice administrative, une contestation sur des prétentions ou des devoirs de droit public : la juridiction administrative n'est pas différente, selon lui, de l'administration, dont elle n'est que le contrôle, organisé dans son propre sein. Peu importe que le litige s'élève sur des rapports de droit contestés ou bien sur des intérêts : « c'est vouloir faire violence à la chose, dit-il, que de parler ici, à la manière du droit civil, de droits particuliers, que de vouloir trancher les pourvois en matière administrative d'après le système civil de *personae*, *res*, *actiones*. » La mission des tribunaux administratifs consiste, d'une façon large, à contrôler si telle ou telle disposition de l'autorité supérieure a été rendue dans les limites de la compétence de cette autorité, si elle n'a pas violé ou mal interprété les lois en vigueur, si les faits que cette disposition suppose existent réellement. Par suite, ils n'ont pas à examiner seulement des questions de droit pur, mais ils peuvent faire aussi des actes d'appréciation, statuer sur des motifs de convenance, d'équité.

Il est vain, je crois, de reprocher à Gneist, comme on l'a fait si souvent, de donner au mot juridiction (*jus dicere*) un sens qu'il ne comporte pas, de lui

dividu et que le devoir légal de l'administration est de respecter. Mais la protection de ces droits (qui, selon l'opinion courante en Allemagne, n'existent qu'en vertu de la loi) ne peut faire l'objet exclusif de la juridiction administrative.

objecter que la décision sur des questions d'équité ou d'opportunité ne peut jamais devenir contentieuse, mais reste toujours, par nature, administrative. L'essentiel, en effet, n'est pas le nom, mais la création de corps spéciaux, indépendants de l'administration, et chargés de trancher les contestations des individus avec l'administration. Nest-ce point, d'ailleurs, encore « dire le droit » que d'examiner, dans un cas déterminé, si l'administration a agi, conformément au « bien public », c'est-à-dire selon la loi, au cas où la loi définit le bien public, conformément à l'esprit de la législation générale et aux règles de droit, dans le cas où la loi est muette et laisse à l'administration une certaine liberté d'action ?...

Les seules objections sérieuses que l'on puisse faire peut-être à une conception si extensive de la juridiction administrative sont toutes de pratique ; l'on peut opposer le surcroît de travail pour les tribunaux, de dépense pour l'Etat qui résulterait de son application. Gneist ne méconnaît pas de tels dangers : aussi déclare-t-il, que, pour être fondé, l'intérêt particulier doit présenter une certaine importance ; et, d'autre part, il donne comme premier devoir au gouvernement, dans l'œuvre de réorganisation, avant même la création de tribunaux administratifs, la réforme de l'administration elle-même, de façon à ce qu'une garantie soit déjà par là donnée, qu'elle agira, en règle, conformément à la légalité.

§ 4. — Cette idée que Gneist se fait de la juridiction administrative me paraît être, à plus d'un point de vue, celle que réalise déjà notre institution française, grâce surtout à la situation toute particulière du Conseil d'Etat et à l'extension de plus en plus large que celui-ci donne à la création si originale du droit français du recours pour excès de pouvoir (1).

Mais une pareille doctrine n'a, certes, point été admise en Allemagne, en particulier dans le royaume de Prusse. L'objet de la juridiction administrative, conformément à l'opinion dominante dans la doctrine, reste ce qu'il était, d'après les termes de la loi de 1875 : celui de trancher des litiges relatifs à des droits et obligations rentrant dans la sphère du droit public. Cette définition, si elle ne figure plus expressément dans la législation actuelle, en résume bien encore l'esprit (2).

Cependant, les auteurs relèvent dans la législation prussienne des cas dont il appartient aux tribunaux de connaître, et où il s'agit simplement de la protection de la loi objective. Ces cas sont, à vrai dire, peu

(1) Laferrière, *op. cit.*, I, 8 : « le contentieux administratif comprend l'ensemble des réclamations fondées sur un droit ou sur la *loi...* », et les développements sur le « détournement de pouvoir » (ibidem, II, p. 548 et s.), et *infra*, pp. 122 et 127 n.

(2) *Comp.* loi bavaroise, art. 8 et 10 ; loi würt. de 1876, art. 1, et motifs du projet, art. 10 à 15; lois badoises de 1863 et de 1884 ; loi hessoise de 1874 : il y est toujours question de « droits et devoirs publics ».

nombreux et présentent un caractère tout particulier : il s'agit uniquement de l'exercice de la tutelle de l'Etat sur les assemblées locales ou de son droit de contrôle sur certaines décisions des corps autonomes. En ce qui concerne les premières, l'autorité supérieure chargée de la surveillance devait autrefois, au cas où elles se refusaient à voter des impositions obligatoires d'après la loi, attaquer leur décision au moyen d'une véritable action devant les tribunaux administratifs Aujourd'hui, l'autorité publique peut directement agir contre un tel refus par une simple décision administrative : c'est à la Diète (ou à la Commission) provinciale, ou bien à la Diète (ou au Comité) de cercle à se pourvoir contre cette décision du Président supérieur (ou du Landrat) devant le tribunal supérieur (ou le Comité de district). Il en est de même, en ce qui concerne les actes des municipalités et des représentants des villes (articles 19, 28, 35, Z. G.). Mais, pour les décisions des corps locaux, en tant qu'organes de « *Selbstverwaltùng,* » il est encore procédé, dans le but de maintenir leur compétence dans les limites tracées par la loi, à l'aide d'une action portée devant les tribunaux administratifs (L. V. G. article 126; Z. G. articles 15 et 29).

On le voit, il ne s'agit pas là d'actions appartenant aux individus. Le droit allemand n'a pas admis le principe du droit français, d'après lequel une disposition peut être attaquée devant la juridiction administrative pour excès de pouvoir ou pour violation des

formes, même lorsque le particulier invoque un simple intérêt lésé.

Ces cas exceptionnels n'infirment donc en rien la règle que la juridiction administrative allemande, tout comme la juridiction civile, n'a pas d'autre objet que de maintenir les particuliers dans la sphère des droits qui leur sont reconnus : seulement ici, ce sont des droits publics qui sont en jeu. Si le terrain juridique sur lequel se meuvent les deux espèces de juridiction est différent, leur mission est la même : par suite, elles doivent également présenter les mêmes caractères.

CHAPITRE II

Les Caractères essentiels de la Juridiction administrative.

1) La première garantie d'une bonne justice doit, semble-t-il, consister en ce que les magistrats, chargés de juger, soient complètement *indépendants* vis-à-vis du gouvernement.

Ce fait se retrouve sans doute dans les tribunaux administratifs, en général, aussi bien que dans les tribunaux ordinaires; cependant, il n'apparaît point à la plupart des auteurs comme un caractère essentiel de la justice administrative : d'une part, en effet, il existe d'autres autorités administratives qui jouissent d'une situation identique, telles que les autorités collégiales délibérantes (*Beschlüssbehörden*), dont les délibérations sont cependant, d'après la loi, tout le contraire de la justice administrative (1); d'autre part, le principe de l'indépendance nécessaire de la juridiction

(1) Cf. O. Mayer, *op. cit.*, I, p. 218, et Seydel, II, p. 420.

administrative signifie moins, selon certains, que les juges doivent être garantis contre les destitutions ou les mesures disciplinaires de la part de l'administration, mais constitue bien plutôt, en ce que, dans la reddition de leurs sentences, ils seront libres et seulement liés par la loi (1). La situation des juges ordinaires assurée aux juges administratifs ne serait donc qu'un accessoire, un supplément de garantie pour la juridiction administrative.

2) Au contraire, l'existence d'un *litige* à trancher (entre deux sujets, personnes physiques ou morales, ou entre un sujet et une autorité) est une condition primordiale, caractéristique de la justice administrative (2) : c'est ce qui permet notamment de la distinguer de l'administration active, dont le rôle consiste à émettre des ordres, à donner des autorisations, etc.

3) D'un autre côté, ce litige doit s'élever au sujet de *rapports de droit*, et non de simples intérêts (3) ; le tribunal administratif aura à les trancher, en se fondant sur des raisons juridiques, et non sur de simples motifs de convenance et d'équité.

4) Enfin, la justice administrative statuera d'après des *formes* particulières, déterminées par la loi, et qui seront, en général, celles de la *procédure civile*.

(1) Laband, St. R., I, pp. 368, 376.
(2) Stengel, Dictionnaire, II, 714.
(3) Stengel, ibidem.

Ces divers points ne laissent pas cependant, ainsi que nous l'avons déjà remarqué par l'étude de la théorie de Gneist, que de donner lieu à pas mal de divergences dans la doctrine, et ils souffrent aussi, dans la loi positive, des exceptions plus ou moins nombreuses et importantes, selon les États. Mais, d'une manière générale, les caractères que nous venons d'énumérer sont bien ceux de la juridiction administrative en Allemagne, et principalement en Prusse. C'est ce dont nous nous rendrons mieux compte, dans les livres suivants, consacrés à l'étude de la Compétence et de la Procédure.

LIVRE IV

La Compétence des Tribunaux administratifs.

CHAPITRE PREMIER

La Compétence territoriale.

Cette subdivision de notre travail ne nous retiendra pas longtemps, car elle ne soulève point de discussions de principes. D'après la loi prussienne (LVG, art. 57 et 58) et la loi badoise (loi de 1884, art. 9), dans les litiges concernant des biens-fonds, le tribunal compétent est celui du lieu où est situé le bien (*forum rei sitae*) ; dans les autres cas, c'est l'autorité du ressort (cercle, district, province) dans lequel se trouve le domicile de la personne ou le siège de la corporation ou autorité

publique intéressée, ou dont les affaires forment l'objet de l'arrêté administratif (*forum domicilii*) (1). Si la corporation ou l'autorité publique a son siège en dehors du ressort de ces affaires, l'autorité compétente est l'autorité de ce ressort (2). Si les biens-fonds sont situés dans plusieurs ressorts, ou s'il y a doute sur le ressort auquel ils appartiennent, la compétence est déterminée par le comité de district, et, si ces biens-fonds appartiennent à des districts différents, par le tribunal supérieur administratif.

Il en est de même quand les personnes ou les corporations, dont les affaires forment l'objet de la décision ou de l'arrêté, habitent ou ont leur siège dans plusieurs ressorts (3).

Dans les autres États, la compétence des tribunaux administratifs est déterminée, dans chaque cas, par ce principe que les autorités chargées de la juridiction ont à statuer dans les mêmes cas, où elles ont compétence comme autorités administratives. Les idées de *forum*

(1) Je rappelle qu'en France la compétence du Conseil de préfecture est territoriale ou *ratione loci*. Exception cependant en matière de travaux publics, pour le cas où un même travail est exécuté par le même entrepreneur dans plusieurs départements, mais c'est une clause du cahier des charges qui n'a d'effet qu'entre le concessionnaire et l'administration (Cf. Laferrière, I, p. 360).

(2) Pour le groupe communal de la province de Brandebourg, est compétent le comité de district de Postdam.

(3) Exceptions à cette règle, en vertu de la loi prussienne du 6 juillet 1875, art. 31 § 3 (Schützwaldungen).

domicilii et de *forum rei sitae* reçoivent également leur application, et, en cas de difficulté entre plusieurs tribunaux, c'est au tribunal immédiatement supérieur qu'il appartient de décider lequel d'entre eux est compétent.

Les dispositions de loi concernant la compétence sont d'ailleurs obligatoires pour les tribunaux administratifs, et il n'appartient pas aux parties d'y déroger (1).

(1) L. V. G. art. 113: les autorités chargées de juger au contentieux doivent examiner d'office leur compétence. Il suit de là que le Tribunal supérieur doit examiner dans tous les cas si le tribunal qui a décidé était incompétent, alors même qu'il n'y aurait en ce sens aucune plainte. — La loi badoise de 1884, art. 10, exclue formellement toute « *prorogatio fori* » (cf. Stengel, Dictionnaire, II, p. 790).

CHAPITRE II

La Compétence matérielle.

Le domaine de la juridiction administrative doit se délimiter d'une part vis-à-vis des affaires de la compétence des tribunaux ordinaires, d'autre part vis-à-vis de l'administration. A cette partie négative, succédera une partie positive, dans laquelle nous chercherons à grouper, d'après la législation, les principales matières contentieuses administratives et les différents recours.

Section I

Délimitation du domaine de la Juridiction administrative.

A) Vis-à-vis des Tribunaux ordinaires.

§ 1. — *Vis à vis des Tribunaux civils.*

En France, la délimitation est faite sur la base même

du principe de la séparation des pouvoirs, entendu en ce sens qu'il est interdit aux tribunaux judiciaires de connaître des actes de l'administration (1).

En Allemagne, ce principe a été également adopté, sinon comme un dogme, du moins à titre d'expédient (2), mais il a reçu une interprétation toute différente. Le partage de compétence ne se fait point eu égard aux personnes, mais eu égard aux choses; ce qu'il importe d'envisager, ce n'est pas si l'administration est ou non en cause dans un cas donné, mais uniquement la nature du rapport en litige. Celui-ci porte-t-il sur une prétention ou une obligation de droit public, le tribunal administratif sera compétent. Il en sera autrement, et l'affaire restera aux tribunaux civils s'il s'agit d'un rapport de droit privé.

(1) Loi des 16-24 août 1790, T. II, art. 13 et 17; loi du 16 fructidor an III; Constitut. du 3 sept. 1791, T. III, ch. v, art. 1 et 4 : On ne distinguait pas primitivement entre les actes de gestion et les actes de puissance publique. Ce principe subit, il est vrai, des modifications dans la suite, soit du fait de la loi, soit du fait du Conseil d'Etat (cf. Artur, Revue de Dr. public, 1902, tome XVII, p. 442). Comme en Allemagne, la délimitation des contentieux s'est établie, chez nous, historiquement. Sur la nouvelle évolution, dans un sens extensif, celle-là, qui se fait depuis 1872, en faveur des tribunaux administratifs, voir Jèze, Revue d'Administration, 1904, tome I, pp. 400 et s.

(2) Cf. O. Mayer, I, 84, note ; Antschütz, die gegenwartigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt (1901) et *suprà*, p. 18. Contra : Laband, I, 517. Ce principe est exprimé en termes formels notamment dans la constitution prussienne du 31 janvier 1850, art. 45, 62, 86. De même, en Saxe et d'autres Etats (cf Antschütz, Deütsches Staatsrecht, dans l'Encycl. d'Holtzendorff,

Tel est le criterium que l'on trouve formulé d'ordinaire dans la doctrine. Mais son application donne lieu, comme nous allons le voir, à bien des difficultés : les auteurs ne sont pas d'accord sur le sens exact qu'il convient de donner à l'un et l'autre élément, qui doivent servir à la distinction. Quant à la législation, il ne paraît point qu'elle se soit tenue à un principe bien arrêté et bien sûr.

Le droit d'Empire contient une disposition qui paraît être utile, lorsque l'on veut fixer la notion des « affaires contentieuses civiles » (*bürgerliche Rechtsstreitigkeiten*) : selon l'article 4 de la loi d'Introduction au Code de procédure civile, de telles affaires, pour lesquelles la « voie de droit » est ouverte, ne peuvent être enlevées par le droit particulier des États à la connaissance des tribunaux ordinaires, sous prétexte que le Fisc, une commune ou une autre personne publique y est engagée comme partie. Cette disposition, lorsqu'elle fut émise, avait surtout en vue l'Alsace-Lorraine ; son but est de répudier formellement la

6e édit., p. 476). Cet auteur fait remarquer que le principe de la séparation des pouvoirs se concilie fort bien avec le principe monarchique tel qu'il est reconnu en particulier par les Constitutions allemandes. Ce n'est qu'un partage d'organisation des fonctions essentielles de l'Etat. Le principe que « tous les droits et les devoirs de l'Etat s'unissent dans le Chef de l'Etat » n'est nullement incompatible avec celui qui proclame l'existence nécessaire de trois conditions : « la participation du peuple à l'exercice du pouvoir législatif, l'indépendance de la justice, la légalité de l'administration. »

conception française de la séparation des autorités, et de consacrer la vieille notion allemande du Fisc, d'après laquelle l'État, lorsqu'il agit comme personne privée, doit être placé sur le même pied que les particuliers et rester justiciable des tribunaux civils (1).

En conséquence, tous les contrats passés par l'État (ou par les autres personnes publiques) pour la gestion des services publics, tels que marchés de travaux publics, marchés de fournitures, etc., qui appartiennent en France à la juridiction administrative, sont en Allemagne de la compétence des tribunaux judiciaires.

Et, en effet, à n'envisager que leur objet, ce sont bien là, si l'on veut, des contrats de droit privé. A côté, il existe des contrats de droit public dont le caractère distinctif est également « de se rattacher au droit public par leur contenu (2). » Telles sont les concessions

(1) Telle est la notion habituelle du « Fiskùs » ; cependant, il faut reconnaitre que ce mot ne reçoit pas chez tous les auteurs la même acception ; tandis que pour certains (Ulrich), l'Etat agit comme fisc quand il fait des affaires de droit privé, par exemple quand il contracte des emprunts, mais non quand il perçoit des impôts, pour d'autres (Sarwey, Wach, Jellinek), le fisc désigne l'Etat dans tous les cas où il procède comme sujet de droits ayant un intérêt pécuniaire, peu importe qu'ils rentrent dans le droit privé ou le droit public. V. aussi O. Mayer, p. 182

(2) Jellinek en distingue deux sortes : les *Subjektionsverträge*, contrats par lesquels les individus se soumettent de leur plein gré à des règles de droit public, comme les nominations de fonctionnaires, les naturalisations, et les *Ver waltüngsverträge*, qui ont pour objet de modifier certains droits relevant du droit public, telles que les conventions avec contribuables pour

de mines, les nominations de fonctionnaires publics, les actes de naturalisation. Ici, l'État n'agit plus comme pourrait le faire un particulier; il fait acte de souverain. Le droit français est conforme sur ce point.

Mais la distinction est bien plus délicate et malaisée dans un grand nombre de cas. Les juristes allemands tentent cependant de la faire: c'est ainsi que *Bornhak* (1) croit pouvoir distinguer entre les cas où le droit privé est violé et ceux où il n'est pas en cause, mais c'est une erreur, puisque le but du droit administratif est justement la restriction de la sphère des droits individuels par le fonctionnement des organes de la puissance publique (2).

Sarwey essaie de tracer la limite entre les litiges de droit public et ceux de droit privé en s'attachant au caractère du droit sur lequel porte le litige : le litige est d'ordre privé s'il a trait à des rapports de droit patrimonial et de famille; il est d'ordre public, s'il porte sur la qualité de membre de l'Etat ou des corps publics, en dehors de tout intérêt pécuniaire. Mais Sarwey admet des exceptions à ce principe, en ce qui concerne la première catégorie (3).

remise de l'impôt ou un délai de paiement. Cf. aussi Stengel, Dictionnaire, II, p. 704; Laband, III, pp. 617 et s.

(1) Dictionnaire de Stengel, II, p. 335. Cp. Laferrière, I, p. 529 s.

(2) Ussing, *op. cit.*, p. 51.

(3) Ussing, *ibidem*, critique: « si l'objet d'une définition est de rassembler sous une dénomination commune des cas essentiellement isolés, toutes les questions relatives au droit de l'ad-

Wach (1) voit le domaine du droit public toutes les fois qu'un particulier a des droits et obligations envers l'universalité, comme membre de cette universalité.

Quelle que soit la valeur absolue de ces différents critères au point de vue spéculatif, il est certain que, transposés dans la pratique, ils ne permettent pas de se rendre un compte exact de la législation positive. Celle ci varie avec les Etats, demeurés libres d'après la loi d'Empire (art. 13, Code d'organisation judiciaire du 27 janvier 1877) (2), et sauf la restriction de l'article 4 précité (3), de délimiter à leur guise le domaine de la juridiction administrative. Nulle part, on n'a tenté de le faire à l'aide de l'application rigoureuse et logique d'un principe préétabli : on s'en est tenu, bien plutôt, à la vieille distinction (faite au cours des temps, comme nous l'avons vu, et de manière non complètement uniforme avec les territoires) entre les *affaires*

ministration de porter atteinte, pour des motifs d'intérêt public, soit aux droits de famille, soit à tous autres, doivent être considérées comme se rattachant au droit public. »

(1) *Handbüch des deutschen Civilprocessrehts*, I, p. 93.

(2) Art. 13 : « les tribunaux ordinaires connaissent de toutes les affaires contentieuses, civiles et criminelles, qui ne sont pas de la compétence des autorités administratives ou des tribunaux administratifs, ou des juridictions spéciales instituées ou autorisées par une loi d'Empire. »

(3) Il est à remarquer que cet article 4 constitue cependant une restriction importante dans le sens de l'unité de droit : la notion imposée par la loi d'Empire est, en réalité, celle du droit prussien (Cf. O. Mayer, I, p. 279 en note).

de justice et les *affaires d'administration :* certaines législations, comme en Prusse, se sont efforcées seulement de l'accommoder aux idées nouvelles et aux progrès du droit public, mais dans des cas extrêmement rares.

Par suite, on peut relever, dans le domaine habituel des tribunaux civils, certaines affaires que l'on considère aujourd'hui comme de droit public. Telles sont :

1° Les créances pécuniaires des juges et des fonctionnaires contre l'Etat (en matière de traitement, de traitement de disponibilité, de pension, de droits reconnus à leur famille) (1) ;

2° Les actions de certains fonctionnaires (comptables) contre les déclarations de déficit, prises contre eux par l'administration à la suite d'une procédure spéciale (*Defektenverfahren*). Contre ces décisions, le fonctionnaire peut former un recours devant l'autorité supérieure, ou bien se pourvoir par la voie de droit devant les tribunaux. Si le juge estime que le requérant n'a encouru aucune responsabilité, il annule la décision

(1) Pour les juges, loi d'organisation judiciaire, art. 9; pour les fonctionnaires d'Empire et leurs descendants, loi du 31 mars 1873, art. 149 (étendu aux fonctionnaires de l'Alsace-Lorraine par la loi du 23 mars 1873); Prusse, loi du 24 mai 1861, art. 1-8. Bavière, droit général XI, art. 29; Saxe, loi du 7 mars 1835; Würtemberg, loi du 16 décembre 1876, art. 2. La voie de droit, ouverte au fonctionnaire est seulement soumise à certaines formalités (décision préalable de l'autorité centrale, délais) (art. 150-155, loi de 1873).

administrative (pour la Prusse, v. Ord. du 24 janvier 1844, art. 16; — pour les fonctionnaires d'Empire, loi du 31 mars 1873, art. 134-148);

3° Certaines contestations contre des décisions administratives, quand on se prévaut d'un « *titre spécial* » ou « *titre de droit privé* », ou qu'on allègue qu'il a été porté « *atteinte à des droits privés* ». C'est là un vestige de l'ancien droit allemand, d'après lequel certains actes générateurs de droit, tels que contrats, reconnaissances, prescriptions, privilèges, etc., étaient considérés comme appartenant exclusivement au droit privé. Si cette théorie ne compte plus guère de partisans (1), il en subsiste cependant quelques traces éparses dans la législation : telle était en Prusse la loi du 11 mai 1842 (2) qui accordait la voie de droit contre une disposition de police dont on se croyait affranchi par une disposition de loi particulière ou par un « titre de droit spécial » : le tribunal avait à statuer à la fois sur le titre dont on se réclamait, et sur ses effets vis-à-vis de la disposition attaquée. Telle est, en Saxe, la loi du 28 janvier 1835, article 11, qui accorde dans les questions administratives la voie de droit, quand on

(1) Sauf cependant Sarwey, dans le cas où l'on allègue avoir acquis l'exemption d'une taxe pour telle ou telle raison de droit particulier et qu'on en demande le remboursement (Ussing, p. 41).

(2) Abrogée par l'art. 124 L. V. G.

invoque même, à défaut de lois ou de principes généraux de droit, des titres particuliers (1).

4° C'est également en invoquant un titre spécial, tel que privilège, prescription ou usage, que l'on peut encore en Prusse (art. 79, II, droit commun (A. L. R.), en Saxe (loi du 28 janv. 1835) et dans les autres États allemands, à l'exception de Bade et de l'Alsace-Lorraine, où les principes du droit français sont en vigueur, — intenter un recours devant les tribunaux en matière *d'impôts.*

Dans la plupart des États, il n'existe même point de disposition spéciale dans la loi à ce sujet : c'est la conséquence tacite de la vieille théorie qu'il s'agit là d'un simple rapport de droit privé. L'impôt n'était originairement qu'une redevance patrimoniale due au prince par ses sujets et analogue aux autres revenus qu'il tirait de son domaine. Plus tard seulement, lorsque le pouvoir des *Landesherren* tendit à l'absolutisme, l'on distingua, au moins dans les grands États, et sous l'influence des idées françaises, entre les revenus du domaine privé, vis-à-vis desquels la voie de droit continua à être admise, et les impôts perçus par l'État en vertu de ses droits de majesté et de souveraineté, pour les-

(1) On peut en rapprocher l'art. 95 de la Constitution Würtembergeoise de 1819 : « Le recours judiciaire ne peut être fermé à aucun Würtembergeois, qui se croira lésé par un acte de la puissance publique sur un droit privé reposant sur un titre de droit privé. »

quels tout recours était exclu. Ce principe fut proclamé notamment en Prusse (1), en Würtemberg, en Saxe-Cobourg-Gotha. Dans les cas exceptionnels où la voie de droit fut admise en matière d'impôts, ce fut seulement en vertu de textes formels : ainsi, en Prusse, l'article 79 précité, auquel il faut ajouter les articles 9 et 10 de la loi du 24 mai 1861 (demandes en remboursement d'impôt, sous prétexte qu'il a été payé deux fois, ou qu'il est prescrit), d'autres dispositions concernant l'impôt du timbre (même loi) et l'impôt des successions (loi du 30 mai 1873) (2). Enfin, les dernières lois fiscales prussiennes, plus en conformité avec les théories modernes du droit public, proclament, dans les cas nouveaux où un recours est accordé, la compétence exclusive des tribunaux administratifs : telles sont la loi du 24 juin 1891 relative à l'impôt sur le revenu (art. 44-49), la loi du même jour concernant l'impôt sur les métiers (art. 37), la loi du 14 juillet 1893 qui établit un impôt complémentaire (art. 33-35) : contre les

(1) Prusse, art. 15, droit commun, II, 13 (A. L. R.) : « *Das Recht zùr Bestreitùng des Staatsbedürfnissen das Privatvermögen, die Personen, ihr Gewerbe, Produkte oder Konsumtion, mit Abgaben zu belegen, ist ein Majestätsrecht* ». A rapprocher de l'art. 78, A. L. R. II, 14, qui déclare impossible tout litige particulier en matière de contributions (Cf. Stölzel, Rechtsweg ùnd Kompetenzkonflikt in Preussen (1901).

(2) En Alsace-Lorraine, les tribunaux ordinaires continuent à connaître des affaites d'impôts indirects, d'après le système français. Il n'en est plus ainsi, dans le Palatinat Bavarois, que pour les impôts locaux (art. 32, G. O. palat. du 29 avril 1869).

décisions de la commission de la taxe, appel peut être fait devant une commission d'appel ou bien la régence de district, et contre cet arrêt, un pourvoi est possible devant le tribunal supérieur administratif (1).

Mais dans la plupart des petits États, l'ancienne règle s'est maintenue que l'État, considéré comme Fiskus, peut être poursuivi devant les tribunaux ordinaires pour impôts perçus illégalement : par exemple en Brême (décis. du Trib. d'Empire du 2 févr. 1884), en Oldenbourg (arrêt de la Cour d'Oldenb., du 29 juin 1872), etc. Et ce principe est aussi celui du droit d'Empire (décisions du trib. d'Emp. des 2 fév. 1884, 11 nov. 1884, 28 oct. 1887).

L'exclusion de la voie de droit, par exemple dans la législation prussienne, doit donc être regardée comme une exception au droit général allemand, et être interprétée *stricto sensu* (trib. d'Emp., arrêts des 7 mai et 4 juin 1896). Il est vrai que l'exception tend à devenir la règle.

5° Enfin, *les actions en indemnité formées contre l'État* à raison de dommages causés par ses agents constituent une exception importante au principe qui

(1) Le pourvoi (*Beschwerde*) peut être formé aussi bien par le contribuable que par le président de la commission et seulement pour deux motifs : 1° pour violation ou fausse application de la loi ; 2° pour défaut de circonstances de fait. Une loi du 26 mars 1893 est venue créer près du Tribunal supérieur une section spéciale pour juger les affaires d'impôts.

voudrait, en tant qu'affaires de droit public, les soustraire à la connaissance des tribunaux ordinaires. C'est un point sur lequel nous aurons bientôt à revenir.

Inversement, il est des matières civiles qui sont confiées aux tribunaux administratifs, ou à l'administration :

1) C'est ainsi que, d'après l'article 106 de la loi prussienne de compétence, les réclamations concernant la répartition par les autorités communales ou le comité de la chasse des produits d'un district commun de chasse, sont portées devant ces autorités ou ce comité, et en appel, devant le comité de cercle ou de district (dans les cercles de ville). Il faut en rapprocher les articles 75, 76, 69, 82-84 de la loi du 1er avril 1880, concernant les indemnités pour délits commis dans les champs et les actions en saisie-gagerie (1).

2) Une autre catégorie d'exceptions est constituée par les mesures provisoires (*Verwaltungsprovisorium*) que peuvent prendre les autorités de police ou communales dans des affaires dont la connaissance appartient d'ailleurs aux tribunaux civils. Il y a dans tous les cas de ce genre un intérêt public qui exige une solution immédiate, alors même que provisoire [Cf. pour l'Em-

(1) De même, en Bavière, l'art. 10, n° 116, de la loi de 1878 (secours en matière d'assistance publique).

pire : Gewerbeordnung, art. 75, 120. Strand. Ordnùng, du 17 mai 1874, art. 36 et s. et les lois particulières des États concernant les règlements de domestiques, les déguerpissements forcés, etc.] Peu importe que la contestation s'élève entre personnes privées ou entre un particulier et le Fisc (ou la commune). Cette mesure provisoire n'ôte rien de la liberté avec laquelle le tribunal décidera ultérieurement, et elle disparaîtra, dès que celui-ci aura prononcé son arrêt.

Ces divers exemples permettent de comprendre combien il est vain de vouloir établir une distinction tranchée entre les rapports de droit privé et les rapports de droit public. La législation des États (et même celle de l'Empire) est surtout dominée, je le répète, par la distinction entre les « *Justizsachen* » et les « *Verwaltùngsachen* » faite à une époque où la notion de droit public était à peu près complètement ignorée, c'est-à-dire sous le régime de police.

§ 2. — *Vis-à-vis des Tribunaux répressifs*

La délimitation est ici des plus simples, car les tribunaux administratifs n'ont point, en Allemagne, contrairement à ce qui se passe en France, d'attributions répressives. Ils n'ont guère de compétence qu'en matière disciplinaire, à l'égard des fonctionnaires de l'administration locale autonome, et cela n'entre pas, à proprement parler, dans le droit pénal. (V.

not. art. 20 Z. G., et art. 36 et 157, n° 2 L. V. G.) (1).

Peut-être cependant pourrait-on trouver une exception à ce principe dans le fait des jugements répressifs provisoires qu'il appartient aux tribunaux administratifs de prononcer pour infractions aux lois de police et pour fraudes en matière d'impôts.

De leur côté, les tribunaux pénaux ont à connaître, au moins indirectement, d'actes administratifs : 1) par exemple, en matière d'instances contre fonctionnaires à raison de fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions (V. *infra*); 2) et en matière de contraventions à des règlements de police pris en exécution de lois fiscales : c'est à eux qu'il appartient de prononcer les peines édictées par ces règlements, bien qu'il n'y ait point là, à vrai dire, de peine, mais plutôt la sanction de l'exécution de ces règlements. Ils ont à rechercher, en même temps, si le règlement est en harmonie avec la loi et avec les pouvoirs délégués à l'administration, mais non pas si le règlement est opportun ou nécessaire (2) Le droit français est d'accord avec le droit allemand sur ce point.

(1) En Prusse, la juridiction disciplinaire est exercée en dernier ressort par le Tribunal administratif supérieur à l'égard des fonctionnaires et des membres des corps administratifs du cercle et du district (lois des 29 juin 1875, 2 août 1880, 8 mai 1889) ; par le comité de district à l'égard des membres des comités de cercle et de ville. Une telle juridiction disciplinaire n'existe pas en Bavière (pas plus qu'en Autriche).

(2) Bornhak (Dict. de Stengel, II, p. 460).

APPENDICE I

Les questions préjudicielles.

Il faut remarquer que, contrairement au système français caractérisé par une méfiance surtout historique vis-à-vis des tribunaux judiciaires, et où le principe de la séparation des autorités s'applique avec une extrême rigueur, en Allemagne, le tribunal civil ou criminel demeure compétent pour les affaires qui lui sont attribuées, alors même qu'il s'éléverait un doute sur la validité ou l'interprétation d'un acte administratif, formant une question préjudicielle à sa décision. C'est pour lui une simple faculté de surseoir (art. 148, Code de procédure, et décision du Tribunal d'Empire du 27 avril 1898). Chaque juridiction reste libre dans sa sphère d'attributions : la juridiction administrative (et il en est de même de l'administration) n'est pas plus liée par une décision antérieure des tribunaux civils sur une question de droit public, que ceux-ci ne le seraient dans un cas analogue vis-à-vis de l'administration ou de la juridiction administrative, relativement à une affaire civile (1).

(1) Une conséquence de l'attribution par un texte d'une affaire déterminée à un tribunal administratif est que la voie de droit

Cependant, cette règle n'est pas absolue et comporte quelques observations importantes :

1) D'abord, il se peut que le tribunal, en statuant sur la question préjudicielle, sans dépasser sa compétence, risque ainsi de mal juger, d'émettre un arrêt mal fondé, faisant grief aux intéressés : c'est le cas, par exemple, où l'on assigne quelqu'un en restitution d'impôts qu'on prétend avoir payés pour lui. Bien que, d'après les principes généraux, le tribunal n'y soit pas obligé, il agira prudemment en usant de la faculté que lui donne l'article 148 du Code de procédure de surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité administrative ait rendu sa décision, puis d'y conformer sa sentence.

est par là fermée, alors même qu'elle aurait existé précédemment (art. 13) ; c'est ainsi que les dispositions des lois de 1861 et de 1868 en Prusse, qui accordaient la voie de droit pour les affaires de charges communales, de frais scolaires, etc., ont été abrogées par la loi de compétence de 1883. Mais ce principe ne vaut que pour les affaires de droit public; au contraire, pour les affaires civiles, l'art. 160 de la loi de compétence déclare : « demeure intact le principe que les décisions prises ne préjudicient jamais aux droits privés ». De même, l'art. 7, L. V. G. indique « que les décisions de la justice administrative sont rendues sous réserve des droits des particuliers ». Par là est conservée la voie de droit pour des rapports de droit privé touchés dans un procès de droit public. Par exemple, le tribunal administratif décidera sur la contribution communale due par un particulier à raison d'un bien foncier, mais la connaissance d'un traité passé entre le vendeur et l'acheteur du bien au sujet de cet impôt restera au tribunal civil. Cependant, contrairement au droit français il n'y aura pas de question préjudicielle.

2) Dans d'autres cas, le fait par le tribunal de décider peut constituer un véritable empiètement sur la compétence d'une autre autorité. C'est ce qui a lieu, lorsque la question préjudicielle porte sur la légalité d'un acte administratif : par exemple, si le tribunal, ayant à statuer sur les prétentions de fonctionnaires à leur traitement, pension, etc., avait à décider au préalable de la légalité de la destitution, de la mise à la retraite, etc. (Cf. loi du 31 mars 1873, art. 149 et 155. Loi du 24 mai 1861, art. 1er. Loi du 27 juin 1871, art. 115) (1).

3) *A fortiori*, en serait-il de même si la question, en apparence préjudicielle, était en réalité la question principale : ainsi, quand par une mesure administrative il a été porté atteinte à un rapport de droit civil (de propriété, de possession, etc.) et que l'on forme devant le tribunal une demande en restitution. Celui-ci doit se déclarer incompétent, sous peine de priver d'effet la mesure administrative, qui est de droit public. Exemples tirés de la jurisprudence : demande en nullité d'un bail à ferme conclu au nom d'une commune dans l'exercice de la tutelle administrative (décision du tribunal des conflits de Prusse du 26 novembre 1853) ;

(1) De même, un recours dirigé contre un fonctionnaire de police en raison d'un arrêté émis par lui ne sera pas accueilli par le tribunal, si l'arrêté n'a été auparavant annulé sur pourvoi (Beschwerde) fondé en violation de la loi ou incompétence (loi du 11 mai 1842, art. 6) (Cf. Stölzel, op. cit. p. 38).

revendication de la propriété d'imprimés saisis par la police (décision de la Cour administrative de Hesse du 5 juin 1886). Ce qui importe en cette matière, c'est moins le nom sous lequel se présente la demande, que l'examen de ce qu'elle est en réalité, sous peine de violer les règles de compétence (1).

4) Enfin, une catégorie importante d'exceptions est constituée par les instances en dommages-intérêts contre les fonctionnaires, qui sont soumises à des règles spéciales. (V. *infra*, p. 111).

APPENDICE II

Les conflits d'attributions (2).

La sanction des règles de compétence, obligatoires à la fois pour les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires, réside dans l'institution des conflits, adoptée en Allemagne sur le modèle français. Comme en France, elle n'a point d'autre but, cependant, que de sauvegarder l'indépendance de l'administration vis-

(1) Voir sur tous ces points O. Mayer, I, p. 281 et suiv., Hauser, die deütsche Gerichtsverfassüng, pp. 85 et s., Bernatzik, pp. 224 et s.

(2) Voir Laferrière, I, p. 42 s.; O. Mayer, I, 285 et s.; Nadbyl, dans le Dictionnaire de Stengel, I, 818.

à-vis des tribunaux ordinaires. Ceux-ci sont en effet suffisamment protégés par le pouvoir qui leur a été reconnu de longue date, alors qu'ils étaient les seuls défenseurs de l'ordre légal, de se refuser à laisser produire d'effet à l'acte d'une autorité administrative qui prétend décider d'une affaire leur appartenant. Pour protéger d'une manière analogue la sphère des autorités administratives, sans les obliger à recourir à la force, incompatible avec le régime de l'État de Droit, il a fallu créer un organisme spécial.

Antérieurement à l'introduction de la juridiction administrative, un tribunal des conflits existait d'ailleurs dans la plupart des Etats allemands, au profit de l'administration active. La loi fédérale sur l'organisation judiciaire du 27 janvier 1877, article 17, en sanctionnant cette institution, l'a étendue aux revendications de compétence faites par les tribunaux administratifs (1), et a édicté certaines règles, obligatoires pour la législation particulière des États, sur l'organisation de l'autorité, chargée de trancher les conflits. Elle offre le choix entre deux moyens : ou bien le jugement sera confié à la juridiction judiciaire supérieure, ou bien il appartiendra à un tribunal spécial de compétence (2).

(1) Ce moyen de conflit continue, du reste, à exister au profit des simples autorités administratives : cf. Prusse, Allg. L. V. Gesetz, art. 113 ; Würt., loi du 4 août 1879, art. 4.

(2) Le premier système est pratiqué dans les Etats et princi-

Le conflit peut être élevé dès que le tribunal est saisi de l'affaire, ou qu'il s'est prononcé sur sa compétence. Il n'est pas besoin, au préalable, comme en France, d'un déclinatoire de compétence : une simple déclaration écrite et motivée portée devant le tribunal par l'autorité administrative (ordinairement le ministre intéressé ou l'autorité supérieure de la province) (1) suffit pour élever le conflit.

Inversement, le conflit n'est plus possible, après un jugement passé en force de chose jugée, c'est-à-dire non seulement, comme en France, quand est survenu un arrêt en dernier ressort ou qu'il a été acquiescé sur le fond, mais même quand le jugement par lequel le tribunal s'est déclaré compétent est devenu définitif.

L'effet du conflit, une fois élevé, est de suspendre

pautés secondaires de l'Allemagne (Reuss, Anhalt, Saxe-Altenbourg, Saxe-Meiningen, etc.). Mais dans les grands Etats, le jugement des conflits appartient à un tribunal spécial de compétence (*Competenzgerichtshof*) : *sic* en Prusse, ordonnance législative du 1er août 1879 ; Bavière, loi du 18 août 1879 : Würt. loi du 25 août 1879 ; Bade, loi du 12 mars 1879 ; Hesse, loi du 29 avril 1879 ; Saxe, loi du 3 mars 1879. Au sujet de l'organisation de ce tribunal, les Etats ont dû se soumettre à certaines règles fondamentales (art. 17, loi de 1877). En Prusse, le tribunal de compétence se compose de 11 membres dont 6 doivent appartenir au tribunal supérieur de Berlin, et dont les 5 autres doivent avoir les conditions d'aptitude exigées pour les fonctions supérieures de l'administration. Ils sont nommés par le Roi sur la proposition du Ministre d'Etat.

(1) Quelquefois aussi le ministère public près la Cour administrative agissant spontanément ou sur injonction de la Cour (Bavière), ou la Cour de justice elle-même (Würtemberg).

toute procédure judiciaire, jusqu'à ce qu'il ait été statué par la Cour des conflits (ou le Tribunal judiciaire supérieur). La décision est prise après avoir entendu les intéressés dans leurs observations écrites (mémoires de l'autorité administrative poursuivante et de son supérieur central, avis du tribunal saisi et de son instance supérieure, conclusions des parties au procès interrompu), et après débat oral en audience publique, où sont entendus un représentant de l'administration spécialement commis à cet effet, les parties originaires, ainsi que le procureur près la Cour des conflits. Comme en France, on reconnaît, du reste, qu'il n'y a point ici de parties à proprement parler : les véritables litigants sont l'administration et la justice, et la discussion, essentiellement d'ordre public, a pour seul objet la délimitation de leurs pouvoirs réciproques.

Le jugement déclare ou bien que le conflit a été élevé justement, et alors la voie de droit n'est pas admise ; ou bien, au contraire, que le conflit élevé est mal fondé et dans ce cas, la procédure reprend son cours. Le tribunal en cause peut d'ailleurs, malgré l'opinion de la Cour des conflits, se déclarer incompétent (Tribunal d'Empire, arrêt du 23 mars 1889).

Dans le cas de conflit négatif d'attributions, le tribunal des conflits statue, à la requête de la partie la plus diligente, annule toutes décisions contraires et renvoie l'affaire, pour être instruite et décidée, à qui il appartiendra.

APPENDICE III

Responsabilité civile des fonctionnaires et Responsabilité de l'Etat à raison des actes dommageables commis par ses agents.

Cette matière constitue, ainsi que nous l'avons vu, une double exception aux principes : d'une part, en ce que les rapports de l'Etat ou de ses fonctionnaires avec les particuliers sont soumis aux règles du droit civil : ce qui est conforme à la vieille notion du Fisc, mais contraire à la doctrine la plus récente qui y voit, en général, des rapports de droit public ; d'autre part, en ce que les tribunaux civils saisis d'une action en dommages-intérêts contre un fonctionnaire, doivent renvoyer à l'administration la solution de la question préjudicielle de savoir si le fonctionnaire est en faute : ce qui est en désaccord avec les principes de compétence large du droit allemand.

§ 1. — *Responsabilité des fonctionnaires.*

C'est le principe dominant toute l'administration allemande depuis les réformes de Stein en Prusse et la séparation effectuée en 1808 entre la justice et

l'administration (1), que les fonctionnaires d'Etat sont responsables de la légalité de leurs actes officiels vis-à-vis des particuliers. Il a été formulé en dernier lieu par le nouveau Code civil allemand dans ses articles 823 et suiv. et 839 (2).

Cependant il est de l'intérêt même d'une bonne administration, de prêter à ses agents un certain appui contre les attaques parfois abusives des particuliers ; aussi, dans la plupart des Etats allemands, exigea-t-on de bonne heure, avant de poursuivre un fonctionnaire devant les tribunaux, à raison d'actes commis dans l'exercice de ses fonctions, une autorisation préalable accordée par l'autorité centrale (3), et ana-

(1) Cf. von Rönne, Staatsrecht der preuss. Monarchie, 4e éd., III, p. 65. L'introduction au Publicandum du 16 décembre 1808 déclare les fonctionnaires « *selbstständig und selbstthätig mit voller Verantwortlichkeit.* »

(2) *L'art. 839* débute ainsi : « si un fonctionnaire viole à dessein ou par négligence le devoir qui lui incombe vis-à-vis d'un tiers, il doit réparer le dommage qui en résulte... » Il suit de la lecture de ce texte que la responsabilité de ce fonctionnaire n'est engagée que sous deux conditions : si le devoir qu'il a négligé visait des tiers, et si en même temps il a manqué à ses devoirs envers l'Etat. Il faut entendre d'ailleurs le mot fonctionnaire dans un sens large : tout individu qui est au service de l'Etat (ou d'un corps d'administration propre) pour l'accomplissement d'un intérêt public [sur ces divers points, voir O. Mayer, I, pp. 298 et s.].

(3) Voir l'énumération des systèmes pratiqués dans les divers États, dans Freünd, Archiv. für öff. Recht, I, 398. Notamment pour la Prusse, loi du 11 mai 1842, art. 6 (les tribunaux restaient incompétents, tant que l'acte n'avait pas été annulé par l'administration elle-même).

logue à celle que donnait en France le Conseil d'Etat sous l'empire de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII.

Mais, comme dans notre pays, ce régime donna lieu en Allemagne à de nombreux abus et fut l'objet de vives attaques. Aussi, dès 1848, la Prusse abolit-elle, dans sa Constitution, l'autorisation préalable. La loi du 13 février 1854 déclara seulement que la poursuite, libre en principe devant les tribunaux, pourrait être arrêtée par l'autorité supérieure au moyen de l'élévation du conflit. C'était la reproduction de l'idée du droit français qui domine encore aujourd'hui la matière : si aucune garantie constitutionnelle ne vient s'opposer au droit qu'ont les particuliers d'actionner les fonctionnaires en dommages-intérêts, si aucune autorisation préalable n'est nécessaire, en revanche le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que les tribunaux puissent interpréter un acte administratif, ou en apprécier la validité. Mais cette conséquence si absolue du principe n'est pas conforme, avons-nous vu, au droit allemand, en général. Aussi ne l'a-t-on admise ici qu'à titre exceptionnel, afin de procurer aux fonctionnaires une certaine protection.

La législation fédérale s'est inspirée de la loi prussienne : l'article 11 de la loi d'introduction au Code d'organisation judiciaire du 27 janvier 1877, en interdisant toute procédure d'autorisation préalable, permit

cependant à la législation des Etats de subordonner la poursuite à la solution d'une question préjudicielle soumise à une autorité spéciale (*Vorentscheidùng*) : le fonctionnaire (1) a-t-il commis un abus de pouvoir ou une omission d'un acte nécessaire de ses fonctions (2).

Cette décision préalable peut être établie comme condition absolue : c'est alors aux parties intéressées à s'adresser à l'autorité compétente pour la provoquer ; ou bien elle peut n'être nécessaire que dans le cas où l'autorité supérieure l'exige : dans ce cas, la réquisition de cette autorité interrompt, à la manière du conflit d'attributions, le procès intenté. (*Erhebung des Konflikts*).

La décision préalable est rendue par la Cour de justice administrative dans les Etats où elle est instituée, à défaut par le Tribunal de l'Empire (3). Malgré

(1) La loi de chaque Etat détermine à quelles catégories de fonctionnaires s'applique cette institution. En cas de silence à cet égard, il ne faut pas donner au mot « fonctionnaire » une interprétation aussi extensive que pour l'article 839 du Code civil. Etant donné en effet le caractère exceptionnel de cette protection, elle ne pourra être accordée qu'aux fonctionnaires les plus exposés et assez importants, c'est-à-dire « aux personnes au service de l'Etat en vertu d'un texte de droit public et d'une manière permanente » (cf. O. Mayer, I, p. 300).

(2) *Ob der Beamte sich einer Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlùng schuldig gemacht habe.*

(3) Son rôle est analogue à notre tribunal français des conflits quand il apprécie si l'acte du fonctionnaire poursuivi devant les tribunaux a le caractère d'une faute personnelle ou d'une faute administrative.

les formes extérieures, et la procédure suivie, il n'y a point ici, pas plus que dans le conflit d'attributions, de procès véritable : il n'y a pas de parties, et la décision n'a pas le caractère d'un jugement.

D'après les termes même de l'article 11 précité, le tribunal n'a pas à rechercher, comme cela était le cas encore sous l'empire de la loi prussienne de 1854, si l'acte incriminé est « de nature » à faire l'objet d'une action en justice : il doit se borner à examiner si l'acte est légal ou non en lui-même, et aussi si certaines conditions personnelles se rencontrent dans l'espèce, notamment s'il n'y a pas eu de la part du fonctionnaire erreur de fait ou de droit (1) : auquel cas la voie de droit serait fermée.

Les tribunaux ne sont pas liés d'ailleurs par cette décision préalable, qui ne préjuge rien sur le procès en cours.

Il est à remarquer que cette institution n'existe que dans les Etats qui, avant l'entrée en vigueur du Code d'organisation judiciaire, avaient subordonné la poursuite des fonctionnaires à certaines formalités, c'est-à-dire dans la plupart des grands Etats, (*sic* Bavière, art. 7). Mais on ne trouve aucune disposition semblable dans les petits Etats, ni en Saxe, ni en Wurtemberg, et il n'en a pas été édicté, non plus, pour les

(1) Voir de nombreux exemples d'irresponsabilité en cas d'erreur dans O. Mayer, I, p. 299 en note.

fonctionnaires de l'empire (loi d'Empire du 31 mars 1873, art. 154) (1).

Dans tous ces cas, les tribunaux restent donc libres de juger l'affaire, sans être obligés de solliciter la décision préalable d'une autre autorité.

§ 2. — *Responsabilité de l'État.*

De même que la responsabilité des fonctionnaires, la responsabilité de l'Etat (en tant que Fisc) vis-à-vis des particuliers à raison des actes dommageables de ses agents est régie par les règles du droit civil : non seulement par conséquent quand il se place sur le terrain de l'économie privée, mais même dans l'administration publique. L'Etat (et il en est de même pour les autres personnes morales publiques) apparaît ici comme le commettant : le fonctionnaire est son préposé.

Cependant, si l'action en recevabilité contre l'Etat, est de la compétence des tribunaux ordinaires (2), il s'en faut qu'elle soit ouverte dans tous les cas. En appliquant même les dispositions générales du Code

(1) Sur la responsabilité civile et pénale des ministres (v. Anschütz, dans l'Encycl. d'Holtzendorff, 6e édit., p. 567) ; du chancelier d'Empire (id. p. 556, et G. de Monès, le chancelier de l'Empire allemand (Toulouse, 1901), p. 201. Il n'existe pas d'ailleurs de règles spéciales.

(2) V. notamment la loi prussienne du 11 mai 1842, art. 4.

civil qui visent la responsabilité du commettant (art. 831 Civ.) ou celle de la corporation (art. 31, déclaré applicable aux personnes morales du droit public par l'art. 39), il résulte des termes employés par ces différents textes, que l'Etat ne saurait être responsable que s'il a été négligent dans le choix et l'instruction de son préposé, ce qui est impossible à établir, ou bien qu'il n'est directement responsable que des personnes qui le représentent d'après son « statut » c'est-à-dire sa Constitution (le roi et les ministres) : ce qui est réduire à rien cette responsabilité, puisqu'il faudrait prouver auparavant que ces personnes ont causé par leur faute un dommage illicite ou commis quelque négligence en nommant ou instruisant le vrai coupable (1). Aussi a-t-on cherché à établir une responsabilité plus sérieuse de l'Etat.

Lors de la discussion de l'article 839 du Code civil, une proposition formelle fut faite au Reichstag de régler en même temps par cette disposition la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par ses préposés, même dans l'exercice des droits de souveraineté. Mais la Commission refusa de régler ce point (2), et l'article 77 de la loi d'introduction laissa aux législations particulières, comme par le

(1) V. O. Mayer, I, p. 314.

(2) D'abord parce qu'il tenait plutôt au droit public, et surtout parce que la question n'était pas mûre.

passé, le soin de déterminer, ainsi qu'elles l'entendraient, la responsabilité de l'Etat.

Certaines en ont profité (notamment en Bade, Bavière, Hesse, Würtemberg) en déclarant l'Etat «dans l'exercice de la puissance publique » (1), seul débiteur, vis-à-vis des tiers, sauf son recours contre le fonctionnaire coupable, ou bien en le condamnant à être caution de celui-ci. Sans entrer dans l'examen de ces différents textes, qui mériteraient une étude spéciale, il est à retenir seulement ici, que l'obligation, qui en résulte pour l'Etat, dépasse singulièrement les limites étroites du Code civil, puisqu'elle n'exige ni la faute du débiteur, ni celle du représentant constitutionnel (2). Ces dispositions paraissent marquer un grand pas dans le sens d'une construction, véritablement de droit public, des rapports de l'Etat avec les particuliers (3).

(1) Sur le sens de cette expression, voir O. Mayer, I, p. 315. En réalité, il reste une sphère assez large où l'Etat n'est responsable de ses fonctionnaires, ni selon le droit commun, ni selon le droit particulier des lois d'exécution.

(2) La loi bavaroise du 9 juin 1899, art. 60 et 61, déclare même l'Etat (ou la commune) responsable dans le cas où le fait dommageable ne peut être imputé au fonctionnaire lui-même, par exemple à cause d'un dérangement mental.

(3) Au point de vue des règles du fond, mais non au point de vue de la compétence qui reste judiciaire. Cette matière de la responsabilité de l'Etat a pris, en France, ces dernières années, une extension remarquable, non seulement à la suite des lois formelles qui l'ont établie dans des cas particuliers (notamment loi

B) Vis-à-vis de l'Administration.

Dans tous les pays où existent des tribunaux admi-

du 8 juin 1895, indemnités accordées à des victimes d'erreurs judiciaires ; loi du 20 juillet 1890, responsabilité de l'Etat substituée à celle des membres de l'enseignement, etc.), mais surtout grâce à la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui, usant des pouvoirs larges de compétence qui lui sont reconnus en la matière, étend progressivement la règle de l'indemnité ; le vieux principe qui établissait une distinction tranchée entre les actes de gestion et les actes de puissance publique, entamé déjà par l'exception admise au cas de détournement de pouvoir (C. d'E., 5 décembre 1879) est aujourd'hui plus sérieusement atteinte par cette idée, riche en conséquences, d'après laquelle un criterium certain entre actes de gestion et actes de puissance publique est impossible à trouver, et que, dans la réalité des faits, le voie de gestion se juxtapose, s'enchevêtre intimemement à la voie d'autorité, notamment dans les matières de police. Cette même doctrine sera admise pour les communes et les départements, maintenant que la compétence du C. d'E. pour juger les actions en dommages intérêts contre ces personnes morales semble solidement établie (Conflits, 4 juillet 1896). La responsabilité de l'Etat et celle des communes auront une influence réciproque l'une sur l'autre dans cette évolution extensive [Cf, notamment Hauriou, 5e édit., pp. 242 s. ; C. d'E., 29 mai 1903, Le Berre, conclusions du commissaire du gouvernement Teissier, Gazette des tribunaux, 22 juillet 1903, 11 déc. 1903, Villenave contre Ville d'Alger] ; dans un Etat démocratique comme le nôtre, où l'acte de l'agent demeure le plus souvent un fait impersonnel, où la responsabilité des fonctionnaires est si difficile à mettre en jeu, cette théorie qui lui substitue un « fait de service » engageant la responsabilité de la personne publique, même lorsque celle-ci apparaît sous le couvert de la Puissance publique, est nécessaire pour la garantie des droits des administrés. Les mêmes motifs ne s'imposent pas avec une égale force dans les Etats allemands en général.

nistratifs, cette délimitation apparaît comme malaisée. La juridiction administrative est, en effet, une conquête accomplie grâce aux progrès du droit sur le domaine de l'administration discrétionnaire, et ses limites sans cesse en marche sont impossibles, semble-t-il, à arrêter et à fixer d'une manière définitive (1).

§ 1. Les principes généraux formulés par la doctrine et appliqués d'ordinaire par la jurisprudence sont sensiblement analogues en Allemagne et dans notre pays. En France, la formule classique est que les tribunaux administratifs sont compétents, quand l'acte administratif a violé un droit, résultant soit d'une loi ou d'un règlement, soit d'un contrat, tandis que le simple intérêt méconnu ne peut que faire l'objet d'un recours devant l'administration elle-même (2).

Pareillement, on distingue en Allemagne entre les

(1) Il faut reconnaître cependant l'existence d'un domaine qui, à raison de sa nature, ou de « défaut de qualité de la partie », doit être à jamais interdit aux tribunaux administratifs. Tels sont en France les actes de Gouvernement et certains actes discrétionnaires de l'administration (actes réglementaires, actes de tutelle) ; l'existence des premiers, mise en doute par certains auteurs, paraît bien résulter de l'article 26, loi du 24 mai 1872. Mais la jurisprudence tend à réduire de plus en plus les uns et les autres. (Cf. Jèze, Revue d'adm., 1903, pp. 392 et s). En Allemagne, ce terrain fermé à toute juridiction est bien plus vaste, puisqu'il comprend toutes les décisions émanées du Chef de l'Etat ou d'un ministre (Cf. Stengel, Dictionnaire, II, 714).

(2) *Sic* Dareste, p. 218; Laferrière, I, 5 s. (distinction entre juridiction gracieuse et juridiction contentieuse); Aucoc, Conf. I, 436.

affaires contentieuses administratives (*Verwaltüngssreitigkeiten*) et les affaires purement administratives (*Verwaltüngssachen*) : les premières, dont connaissent les tribunaux administratifs, sont toutes celles où il s'agit de droits ou de devoirs du droit public et où la décision doit être fondée sur des raisons juridiques; dans les autres, qui ne donnent lieu qu'à une simple plainte gracieuse ou hiérarchique (*Beschwerde*), il ne s'agit pas de droits et de devoirs, ou bien la décision est laissée à la libre appréciation de l'autorité en conformité avec ses devoirs et sans égard aux droits opposés. En d'autres termes, la distinction entre *Recht* et *Interesse* apparaît sous un second aspect, qui est la distinction entre *Recht* et *Freies Ermessen*. La juridiction administrative, parce que juridiction, n'aurait à connaître que de questions de droit, tandis que les actes d'appréciation, c'est-à-dire l'examen des questions d'opportunité et de convenance serait du domaine exclusif de l'administration active.

§ 2. Mais ce double criterium appelle plusieurs observations.

Tout d'abord, en ce qui regarde la première distinction, nous avons eu déjà l'occasion de remarquer combien il est difficile de distinguer avec certitude le droit et l'intérêt. Aucune des définitions proposées ne permet de tenir un compte exact de la législation positive. Dira-t-on, avec *Iehring*, que le droit est tout intérêt

garanti par une action, que l'on objectera aussitôt qu'il y a des cas où l'action existe sans qu'il soit possible de parler de droit : tel est le cas, en France, du recours pour excès de pouvoir, qui repose sur un simple intérêt lésé (1) et donne cependant lieu à un contentieux véritable (2). S'il n'existe pas en Allemagne d'exception aussi considérable, du moins peut-on citer certaines affaires où des intérêts suffisent à mettre en œuvre la juridiction administrative : par exemple, dans la loi prussienne, les matières de concessions industrielles (art. 114 Z. G.), de voirie (art. 56), de police des eaux (art. 66), de participation aux frais de constructions scolaires (art. 47), etc. (3).

(1) Cet intérêt est bien plutôt, du reste, la condition imposée pour la recevabilité du recours que son objet propre ; le recours pour excès de pouvoir n'est que la mise en œuvre par les particuliers d'un contrôle supérieur dans l'intérêt d'une administration légale. On a cru parfois y voir cependant l'exercice d'un droit subjectif [cf. Barthélemy, Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français (1899) p. 21]. Mais la meilleure preuve qu'il n'en est pas ainsi, c'est que le demandeur, par l'exercice de ce recours, ne peut obtenir satisfaction complète de son intérêt, puisque la juridiction annulera simplement l'acte, sans pouvoir ni le réformer, ni prononcer de condamnation, ni statuer sur aucune réclamation pécuniaire ; et d'autre part, la décision aura une portée absolue : l'annulation prononcée vaudra *erga omnes* (cf. Duguit, *op. cit.*, pp. 503 et s., Hauriou, p. 292 note, et C. d'E., 8 déc. 1899).

(2) Cf. *Artur*, Revue de Droit public, 1903, II, p. 415 et s. ; *Marie*, ibid, 1901, II, p. 275 ; *Contra : Jacquelin*, Principes dominants, pp. 230, 238, 251, 254 ; *Duguit*, l'Etat, p. 581.

(3) Certains auteurs cherchent à expliquer ces exceptions, si

Si l'on définit, au contraire, le droit par la loi, comme le fait *Jellinek* (1). on paraît oublier qu'il est des lois qui imposent des obligations à l'État sans créer pour cela de droits correspondants au profit des particuliers. Ces lois sont édictées, en effet, exclusivement dans l'intérêt social : telles sont celles ordonnant la publicité des débats judiciaires, proclamant l'égalité des citoyens, interdisant à l'État de statuer par des tribunaux d'exception, etc. Dès lors, dans nombre de cas, l'administration peut agir contrairement à la loi sans que le particulier ait la faculté de s'adresser au juge. Appeler ces cas des « effets réflexes du droit objectif », comme le fait Jellinek (2), n'est pas réfuter l'objection, d'autant plus que, parmi ces effets réflexes, Jellinek en compte certains (prétentions aux secours de l'assistance publique, à la solde de la part d'un soldat) où un intérêt individuel précis est en jeu : la

contraires à leur théorie : Rosin (Dictionnaire de Stengel, II, 271 s.) dit que le fondement de l'action, en cas semblables, est la lésion d'un droit réel : « le droit général de la personnalité libre et illimitée. » Stengel (ibidem, II, 791), voit dans cette action une simple *Beschwerde* en forme de *Klage :* il faut rechercher, selon lui, le caractère réel du moyen de droit uniquement dans son contenu matériel. Cf. aussi Löning, Verw. Recht, pp. 796 et s.

(1) Jellinek estime que de toute loi naissent nécessairement des droits individuels au profit des particuliers ou de l'Etat, puisque c'est une règle générale ou individuelle qui restreint ou étend la sphère d'action de l'Etat ou des particuliers dans leurs rapports avec l'Etat (droits publics) ou entre eux (droits privés) [cf. la critique de cette théorie dans Duguit, *op. cit.*, I, 578 s.].

(2) System, p. 64.

fin de non-recevoir opposée est ici motivée uniquement sur ce qu'on s'est adressé mal à propos à un juge incompétent (1).

§ 3. — Quant à la distinction entre les questions de droit et les questions d'appréciation (2), elle permet, sans doute, dans un grand nombre de cas, de donner une formule exacte de la manière dont s'opère en fait la division des compétences : il est certain que le droit allemand, en général, semble exclure les actes de libre appréciation de la juridiction administrative : cela est exprimé même formellement dans la loi bavaroise, article 23 ; en Würtemberg, dans l'article 13 de la loi de 1876 (3). Mais il faut remarquer, d'abord, que cette règle souffre des exceptions, particulièrement nombreuses dans la législation prussienne : c'est le cas de

(1) Il n'est pas d'ailleurs possible de dire qu'il y aura simple intérêt, lorsque l'administration, dans la sphère qui est laissée à sa liberté d'appréciation, fait un acte critiquable au point de vue de l'équité ou de l'opportunité, sans être pourtant contraire à la loi ; c'est là une formule contradictoire, puisque l'administration ne saurait agir « à tort » sans violer une règle qui l'oblige. Toute infraction à un devoir constitue, en réalité, une illégalité. (Cf. Ussing, *op. cit.*, p. 98 s.).

(2) *Sic : Lehmayer* dans Grünhut Zeitschrift, IV, p. 572 ; *Seydel*, Bay. St. R. II, 440 ; *Bernatzik*, Rechtskraft, p. 37.

(3) Parmi les auteurs qui se sont élevés avec le plus de force contre cette interdiction faite aux tribunaux de connaître des questions d'appréciation, en dehors de Gneist (v. *supra*, p. 78); il faut citer : Tezner « Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltüngsbehörden als Grùnd der Unzùständigkeit der V. walt. gerichte (1888) » ; *idem*, Die deutschen Theorien der V. w. rechtspflege (1901), p. 211 ; *Zorn*, article cité ; O. Mayer, I, pp. 211 s.

toutes les dispositions de la loi de compétence citées plus haut (affaires industrielles, constructions scolaires, etc.). Le tribunal n'a pas à statuer seulement sur l'obligation qui incombe à un individu de contribuer aux frais de construction ou de réparation d'une école, mais il doit décider également si cette construction ou réparation est nécessaire ou opportune. On peut de même citer l'article 31 de la loi bavaroise de 1878, l'article 67 de la loi hessoise de 1874, etc. (1).

D'un autre côté, alors même que cette formule serait en général exacte pour distinguer les affaires administratives pures des affaires contentieuses, il est bien difficile de dire en quoi consiste la question d'appréciation dont le tribunal ne saurait connaître et le point de droit qu'il doit seul envisager ; en d'autres termes, de fixer exactement la limite où se termine le domaine du juge, où commence celui de l'administrateur (2).

(1) Selon Stengel (Dictionnaire, II, 716), la raison de semblables exceptions est tantôt l'utilité qu'il y a à faire décider ces questions après une instruction contradictoire (notamment affaires de professions ou d'industries), tantôt la connexité très étroite qui existe, dans certains cas, entre les questions d'opportunité et les questions de droit (affaires scolaires).

(2) On ne peut songer à distinguer entre les questions de droit et les questions d'opportunité ou de convenance, suivant la catégorie d'affaires envisagée (comme le fait Laband, II, 329 s.); ainsi, la question de savoir si l'intérêt public exige l'expropriation d'un immeuble passe en général pour une question de convenance ou d'opportunité, et est abandonnée à l'appréciation administrative ; ainsi en Prusse (et en France, sauf certaines restrictions : C. d'E. 24 fév. 1882 et 26 janv. 1900). Cependant, en

Il est certain, par exemple, que le rôle du juge ordinaire, auquel la conception allemande veut conformer celui du juge administratif, n'est pas uniquement de faire des actes de juridiction, de statuer exclusivement sur des motifs de droit : ainsi, en matière de partage. On ne saurait donc se montrer davantage rigoureux à l'égard du juge administratif, d'autant plus que dans de très nombreuses affaires dont les tribunaux administratifs doivent décider, la solution à donner dépend d'une foule de circonstances (par exemple en matière électorale : « conditions d'honorabilité »). Aussi, certains auteurs distinguent-ils entre une « appréciation judiciaire » et une « appréciation technique » : celle-ci serait du domaine exclusif de l'administration, parce qu'elle exige des connaissances toutes particulières que les tribunaux ne sauraient, en général, être réputés posséder. Cette distinction présente au moins une apparence de justification dans le mode de recrutement des juges administratifs des instances inférieures prussiennes ou hessoises, mais il ne saurait en être de même en ce qui concerne les Cours supérieures. C'est pourquoi le tribunal administratif supérieur prussien, tout comme notre Conseil d'Etat (1), sans méconnaître

Bavière, où cette question peut être soumise à des juges administratifs, on la range parmi les questions de droit (loi de 1878, art. 8).

(1) Même en matière de recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat ne s'en tient pas aux questions de droit, mais il

en principe le caractère irréfragable de l'appréciation administrative technique, se considère cependant comme ayant le droit d'annuler une décision administrative. quand il lui paraît évident qu'en réalité l'appréciation dont il a été fait usage n'est pas celle que la loi a entendue, que les considérations qui ont déterminé l'adminis tration sont manifestement inadmissibles, que, par suite, la décision, basée sur aucun fondement de fait qui la justifie, viole la loi (1).

est souvent obligé de procéder à des vérifications de fait. Cela est, en particulier, nécessaire dans tous les cas de « détournement de pouvoir » : ce qui est vicieux ici, ce n'est pas l'acte lui-même qui peut être irréprochable dans sa forme, mais les mobiles auxquels a obéi l'administration et qui la placent en dehors de ses attributions légales. Aussi le Conseil, sans aller jusqu'à ordonner des mesures d'instruction, peut-il se fonder non seulement sur les motifs insérés dans la décision, mais aussi sur « les circonstances de fait révélées par l'instruction écrite et d'où naissent des présomptions graves, précises et concordantes » (Laferrière, II, 550). C'est surtout en cette matière que le Conseil d'Etat exerce un véritable contrôle administratif (cf. notamment Conseil d'Etat, arrêt du 22 mars 1901, Roz, Sirey, 1901, III, p. 57, note d'Hauriou).

(1) Voir dans le recueil de Jebens et Meyeren les arrêts : IX, 52 (ordonnance de police rendue en matière de constructions, réformée pour fausse interprétation de la loi), IX, 56 (appréciation faite par l'administration d'une ordonnance exigeant une autorisation préalable de police à l'ouverture d'un bal et y mettant certaines conditions : elle a été jugée par le tribunal arbitraire. « Bien que la juridiction administrative, disent les motifs, ne puisse user de la même liberté d'appréciation que la police pour décider si l'autorisation doit ou non être accordée, elle a néanmoins le droit d'examiner si le refus ne repose pas

Des développements précédents, il suit que l'on ne peut faire de distinction de principe entre les affaires contentieuses administratives et les affaires administratives, à l'effet de délimiter le domaine de la juridiction administrative. Aussi la loi positive, dans les Etats allemands, emploie-t-elle d'ordinaire la *méthode d'énumération*, c'est-à-dire qu'elle désigne par le contenu spécial de leur rapport les affaires contentieuses où les tribunaux administratifs ont à statuer (voir notamment la loi prussienne de compétence, (164 articles), la loi bavaroise de 1878, articles 7, 8, 10, 11 ; la loi saxonne de 1900). Parfois, cependant, apparaît un principe plus général de compétence : ainsi, le recours général de l'article 13 de la loi würtembergeoise de 1876, en Prusse, les articles 127 et s. L. V. G. (action et pourvoi général contre des arrêtés de police) ; dans le grand duché de Bade, l'article 4 de la loi de 1884. — Ces cas exceptionnels sont, on le voit, très rares, et ne diminuent en rien le fossé profond creusé entre le droit allemand et le droit français, où il existe un contentieux admininistratif « de nature » à côté du contentieux d'énumération légale (1).

sur une erreur, ou s'il ne manque pas, en fait, de tout fondement qui le justifie. S'il est évident que tout fondement légal de ce refus fait défaut, il doit être annulé [cité par Ussing, *op. cit.*, p. 126] ».

(1) Cf. Laferrière, I, 7 et 322, Hauriou, p. 229, note 2. Voir aussi un arrêt curieux et récent, dans lequel le Conseil d'Etat a affirmé sa compétence, même en matière de services publics des

APPENDICE

Le Recours administratif.

(*ou Beschwerde*)

De ce qu'un recours contentieux n'est pas accordé au particulier dans un cas déterminé, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il ne puisse faire valoir sa prétention. Il peut toujours recourir à l'administration mieux informée (1). L'institution de tribunaux administratifs en Allemagne n'a pas eu pour effet d'empêcher désormais l'exercice de ce recours, le seul accordé jusque-là aux administrés : on a essayé, au contraire, de le rendre plus opérant, en l'entourant parfois de formes, en en faisant une voie de droit véritable : cela a ce double effet, de piquer le désir des autorités administratives, en statuant sur le plus grand nombre possible de plaintes dans le cercle de leurs attributions actives,

départements et communes (arrêt du 6 fév. 1903, Terrier contre département de Saône-et-Loire, conclusions dn Commissaire de gouvernement. Romieu. S. 1903, III, 25) et *supra*, p. 91, note 1.

(1) La différence de fond entre le recours administratif et le recours contentieux réside, selon de très nombreux auteurs, dans la distinction entre le droit et l'intérêt. Mais, comme nous l'avons vu, il ne faut pas ajouter à ce critérium une valeur absolue (v. *supra*, pp. 121 et s.).

d'acquérir plus de pratique et d'obtenir une plus grande influence vis-à-vis des instances inférieures — et en même temps, de décharger les tribunaux administratifs.

On distingue deux sortes de recours administratifs : le *recours simple* et le *recours formel* (1).

Le recours simple est la règle. Il existe en l'absence de textes. De même que le supérieur hiérarchique peut se substituer d'office à un inférieur et retirer ou remplacer de lui-même une disposition émise par celui-ci, qui cause préjudice, de même les intéressés peuvent s'adresser à l'autorité supérieure (2), en vue de faire tomber ou modifier l'acte. C'est ce qui correspond dans le droit français au recours hiérarchique. Aucune forme, aucuns délais. En revanche, l'autorité est libre, après examen de l'affaire, d'accueillir ou de rejeter la demande : sa réponse, dans l'un ou l'autre cas, consti-

(1) Il faut se garder de confondre la *Beschwerve* ou *Verwaltùngsbeschwerde* (recours administratif) avec la *Beschwerde* ou *Rechtsbeschwerde*, qui est le nom sous lequel certaines législations (notamment en Bavière) désignent le recours contentieux (Klage de la loi prussienne).

(2) Ils peuvent aussi s'adresser à l'auteur même de l'acte ; leur demande porte alors le nom de remontrance (*Gegenvorstellùng*). C'est le « recours gracieux » du droit français ; en réalité, ce n'est pas un recours (cf. Hauriou, p. 235). La Beschwerde suppose toujours, du reste, une mesure (action ou refus d'action de l'administration) appartenant au passé ; en cas de simple crainte pour l'avenir, on ne peut intenter qu'une prière (Bitte) ou une requête (Gesùch).

tuera un rescrit (*Bescheid*). Mais elle peut aussi ne pas répondre, ou bien n'examiner que tel ou tel point de la demande (1).

Ce recours, est donc, en droit tout au moins, assez précaire. Aussi certaines législations, notamment en Prusse et dans le grand duché de Bade, ont-elles admis à côté un autre mode de plainte auprès de l'administration, C'est le recours formel (*förmliche Beschwerde*). Ici, l'autorité saisie est obligée de procéder à l'examen de l'affaire, de donner une réponse. Ce recours constitue pour le particulier un moyen de droit. Il est astreint à certaines formes et à certains délais.

Ce système a trouvé son expression la plus forte dans le pourvoi du droit prussien (2) : il est possible, contre tous les arrêtés et décisions rendus en matière administrative par le Comité de cercle (ou de ville) et le Comité de district, et contre les décisions prises par le conseiller provincial, le président de gouvernement et le président supérieur. Le pourvoi peut être formé

(1) V. notamment l'ordonnance badoise du 12 juillet 1864, article 6 : « contre des dispositions rendues en matière administrative et de police, chaque intéressé est admis à former son recours à l'autorité supérieure. Mais celle-ci n'est tenue de donner suite au recours qu'autant qu'elle le juge indiqué par l'intérêt public ». Il en est autrement en droit français, article 7, D. du 2 novembre 1864 et article 3 loi du 17 juillet 1900 : toute réclamation gracieuse, si elle se produit dans une matière contentieuse, peut toujours servir de préalable pour créer le contentieux.

(2) Cf. art. 50-53 et 121-126 L. V. G.

aussi bien par les intéressés que par le président de l'autorité collégiale au nom de l'intérêt public.

Dans le cas où le recours contentieux (*Klage*) est admis (ce qui résulte expressément de la loi ou des termes employés par elle), le pourvoi n'est généralement pas possible. Une exception importante à ce principe est apportée en matière d'arrêtés de police, contre lesquels les deux modes de recours sont accordés cumulativement (L. V. G., art. 127).

Le pourvoi, a comme l'action, un effet suspensif; les délais dans lesquels il doit être formé sont les mêmes, (L. V. G., art. 50-53).

L'autorité supérieure devant laquelle il est porté est souvent aussi celle-là même qui statue, en tant que tribunal, sur les recours contentieux (comité de district) (1) (2). La différence apparait surtout dans la procédure qui est ici la procédure administrative (*Beschlussverfahren*), par opposition à la procédure contentieuse, dont les règles de fond (voir *infra*) se retrou-

(1) Cependant le pourvoi hiérarchique contre les décisions du comité de district est porté devant le Conseil provincial et non devant le Tribunal Supérieur ; celui-ci n'appartient pas en effet à l'administration active. Les décisions du comité de district et celles du conseil provincial sont, en règle, définitives.

(2) Au contraire, d'après le droit badois (Ord. du 31 août 1884, art. 28-43), les recours hiérarchiques contre les décisions des Bezirksräte sont portés, en règle, devant le ministre compétent qui statue de façon définitive, sauf en certains cas, où la dernière instance est formée par le Ministère d'Etat.

vent du reste ici : notamment en ce qui concerne les débats oraux, la production et l'examen des preuves (art. 115-126, L. V. G.)

Dans le cas où le pourvoi est accueilli, l'autorité peut annuler la mesure attaquée ou même la réformer. Sa décision est définitive : toutefois, il appartient au président de former un recours par voie d'action, dans des cas déterminés, devant le tribunal administratif supérieur (art. 126).

Ce « recours formel » constitue donc une garantie assez précieuse pour le particulier ; il est très analogue, quant à ses effets, au recours contentieux : mais son caractère propre, qui le met à part de la justice administrative, tient à ce qu'il ne repose que sur les rapports hiérarchiques des autorités et sur les principes de subordination qui en résultent (1).

Section II

Les matières contentieuses administratives.

Sous cette rubrique, j'entends les contestations juridiques que soulève l'action administrative et dont la solution appartient aux tribunaux administratifs. Dans

(1) Cf. O. Mayer, I, p. 206.

les développements précédents, en essayant de délimiter le domaine de la juridiction administrative vis-à-vis des tribunaux civils et de l'administration active, j'ai été amené à constater combien il est vain de vouloir appliquer en pareille matière la logique rigoureuse de principes *a priori* : la législation allemande procède, en général, par la méthode d'énumération ; la liste des affaires contentieuses administratives est seulement plus ou moins longue suivant les États. Il n'y a, nulle part, de juge administratif de droit commun, à compétence large, comme notre Conseil d'État.

Afin de faciliter les rapprochements avec le droit français, je distinguerai dans le domaine des tribunaux administratifs allemands deux sortes de contentieux, correspondant à des recours différents dans leurs effets : le contentieux de pleine juridiction et celui de l'annulation.

§ I. — *Le contentieux de pleine juridiction.*

C'est le contentieux le plus fréquent. Plus encore qu'en France, il offre l'aspect d'un procès véritable entre parties sur des droits ou des obligations. Ces parties peuvent être, soit l'autorité et un particulier, soit deux autorités, soit même deux particuliers. Ce dernier cas est inconnu du droit français.

§ 1. — Dans la première hypothèse, un sujet se

plaint de ce que l'administration a porté atteinte de ses droits, ou bien qu'elle s'est refusé à exécuter une obligation qui lui incombe en vertu de la loi. Cette catégorie d'affaires (1) est bien moins étendue qu'en France, puisque d'une part, toutes les difficultés soulevées par des contrats intéressant le fonctionnement des services publics (marchés de travaux publics et de fournitures), toutes les actions tendant à rendre l'État débiteur (indemnité pour faute, dommages causés par les travaux publics, réclamations pécuniaires des fonctionnaires), et la plupart des recours en matière d'impôts, quand ils existent, sont portés devant les tribunaux judiciaires. En second lieu, dans la plupart des États (particulièrement en Prusse), la compétence de la juri-

(1) Comme exemples d'affaires de cette catégorie, je citerai : le contentieux des listes électorales, des élections à la représentation communale et aux autres corps de self-administration ; les réclamations relatives à la jouissance et à la perte de la qualité de citoyen d'Etat, de membre de la commune, au droit de participer aux institutions et établissements des communes, cercles, districts, provinces, etc. ; les difficultés relatives au refus ou à la démission de fonctions publiques (ordinairement obligatoires) dans les communes ou autres corps indépendants, les réclamations en matière de traitements et de pensions de fonctionnaires communaux et des fonctionnaires des cercles et des villes, les difficultés en matière de logements militaires et de prestations en nature fournies à l'armée en temps de paix, les contestations relatives à la police de la voirie, de la chasse, de la pêche, des eaux, des constructions, du commerce et de l'industrie, etc. En Bavière, les différends relatifs à l'éducation religieuse des enfants, à la cession forcée de la propriété, à la constitution forcée des servitudes, etc.

diction administrative est restreinte au contentieux des affaires d'administration locale (*Allgemeine Landesverwaltung*) et ne s'étend pas au contentieux d'État (1).

§ 2. — Les contestations entre autorités publiques sont nombreuses. Sans doute, il n'y a pas à parler ici de litiges entre organes chargés des mêmes intérêts, par exemple entre fonctionnaires d'État : si une difficulté surgit entre un agent supérieur et son subordonné, par exemple sur la légitimité d'un ordre reçu, il ne saurait être question de la faire trancher par un tribunal (2) : entre fonctionnaires ou autorités de rang égal, les seules difficultés qu'il appartient au juge de connaître, sont uniquement de compétence : ce sont des conflits de juridiction (*supra*, p. 88).

Au contraire, une véritable question de droit à trancher, un procès sur des droits et obligations réciproques peut apparaître entre représentants d'intérêts différents, par exemple entre l'État ou une municipalité,

(1) Il en est autrement, pourtant. en Bavière, Würtemberg, Bade, Hesse, Alsace-Lorraine, où la compétence des tribunaux administratifs comprend même des affaires d'administration fiscale.

(2) Cf. cependant sur le Mecklembourg, Laband, I. 442. Il faut mettre aussi à part les cas où l'autorité disciplinaire est confiée à une autorité constituée en forme de tribunal, et ceux où la question de légalité de l'ordre donné s'élève comme question préjudicielle dans un litige subséquent de droit pénal ou privé entre l'administration et le fonctionnaire (actions en indemnité, affaires de pension, etc.).

ou bien entre deux municipalités. Des litiges de cette nature sont particulièrement fréquents dans un pays décentralisé et de self-administration comme la Prusse (1).

§ 3. — Enfin, les tribunaux administratifs connaissent même de procès entre simples particuliers (*Parteistreitigkeiten*), par exemple en cas de difficultés entre habitants d'une commune au sujet de leur participation aux charges communales (assistance, frais scolaires) (2).

Quelquefois, il y a en même temps difficulté entre parties et recours contre l'administration : ainsi, en matière de voirie (3). Le motif qu'on donne de la compétence administrative dans de semblables affaires est uniquement de pratique : étant donnée l'indépendance absolue de la justice vis-à-vis de l'administration, on a

(1) En voici quelques exemples : difficultés entre communes ou districts de terre indépendants au sujet de leurs limites et de la répartition des charges communes, notamment en matière de chemins, d'écoles, de taxes locales, de cojouissance des établissements publics ou des biens de la commune ; différends entre unions charitables (associations de communes ou de hameaux) pour l'assistance des indigents ; recours accordés aux corps autonomes contre les arrêtés de l'autorité de controle annulant leurs décisions ou contre l'inscription d'office, etc.

(2) Cf. Z. G. art. 18, 34, 44, 46, 47.

(3) Art. 56 et 66 Z. G. : celui qui est obligé par un règlement de police sur la police des eaux ou la voirie à creuser un fossé ou un ruisseau, peut actionner l'autorité. S'il estime qu'un autre que lui est tenu de cette obligation, il doit en même temps l'actionner.

trouvé préférable, afin d'éviter des décisions contradictoires, d'attribuer au juge administratif déjà compétent en ce qui concerne l'obligation des particuliers envers la commune, les litiges de ces mêmes particuliers entre eux.

§ II. — *Le Contentieux de l'annulation.*

Sous ce nom, l'on désigne en France le recours pour excès de pouvoir contre des décisions prises par l'administration dans la voie d'autorité, et le recours en cassation contre les jugements administratifs rendus en dernier ressort. Des voies de droit analogues se rencontrent-elles dans la législation allemande?

§ I. — A l'égard des décisions juridictionnelles, nous trouvons dans plusieurs États un *recours en revision* devant la Cour suprême, identique à celui qui existe en matière civile et assez semblable à notre recours en Cassation. Il diffère cependant de ce dernier en ce qu'il est moins général, et fondé sur d'autres moyens. Nous en renvoyons l'examen au Livre de la procédure.

§ 2. — Contre les actes de l'autorité administrative, il n'existe point sans doute de recours aussi large que notre recours pour excès de pouvoir (c'est là un moyen propre du droit français), mais quelques demandes en annulation, dans des cas particuliers et peu nombreux.

C'est ainsi que la loi prussienne, nous l'avons vu, (*supra*, p. 82) autorise devant le tribunal supérieur, une action pour excès de pouvoir en violation de la loi et des ordonnances contre des décisions définitives d'autorités administratives (art. 126, L. V. G.). Mais ce n'est pas un moyen mis à la disposition des particuliers : cette action ne peut être intentée que par le président supérieur contre les décisions du Conseil provincial, par le président du gouvernement contre celles du Comité de district, par le conseiller provincial ou le président du comité de cercle (ou de ville) contre les décisions de ce dernier comité.

Au contraire, en vertu de l'article 127, alinéa 3 (1), les particuliers peuvent attaquer en nullité des règlements de police, pour violation ou fausse application de la loi, ou bien pour défaut de faits justificatifs.

Le premier moyen se rapproche de la « violation de la loi et des droits acquis » dans le cas du recours français pour excès de pouvoir, en ce qu'il suppose, comme lui, un individu lésé dans ses droits (2) et qu'il aboutit non seulement à un contrôle des limites extérieures des pouvoirs de l'autorité (comme dans les cas d'incompétence, de vice de forme, de détournement de

(1) Comp. Bade, loi de 1884, art. 4 ; Würtemberg, loi de 1876, art. 13 ; Saxe, loi de 1900, art. 76. En Autriche, loi de 1875, art 2.

(2) Bien que le Conseil d'Etat soit porté à admettre, même pour cette ouverture, la recevabilité d'un simple intérêt (cf. C. d'E., 11 déc. 1903, Lot, Revue d'Adm., 1903, III, p, 4373.)

pouvoir), mais aussi à un examen de la légalité de l'acte en général (non application ou fausse application de la loi).

Le second moyen correspond à peu près, selon les auteurs allemands, à notre « détournement de pouvoir (1) » : c'est la voie par laquelle la juridiction administrative peut examiner, ainsi que nous l'avons vu, si l'autorité a usé convenablement du pouvoir de libre appréciation qui lui est conféré par la loi.

Mais cette action de l'article 127 paraît singulièrement étroite, quand on la compare à notre recours pour excès de pouvoir : d'une part, en effet, pour la mettre en jeu, il faut justifier d'une atteinte dans son droit : la lésion d'un simple intérêt ne suffirait pas. — D'autre part, cette action n'est admise que contre les arrêtés de police (*polizeiliche Verfügungen*) émanant des autorités de cercle ou de celles chargées de la police locale dans un cercle urbain ou une ville. Il ne s'agit

(1) Löning, *op. cit.*, p. 42. O. Mayer, I, p. 249, remarque que la Cour doit examiner seulement, dans ce cas, si les circonstances justifient la disposition, sans contrôler le choix des moyens (son rôle est celui d'une Cour d'appel ; cela est dit en effet dans l'exposé des motifs de l'article 127). Mais Mayer ajoute qu'en pratique, ce côté n'est pourtant pas laissé en dehors et il cite un arrêt du tribunal supérieur, du 22 déc. 1883 : la disposition doit être annulée si elle est « tout à fait déplacée et impropre à la réalisation du but visé (comp. avec d'autres arrêts déjà cités, *supra*, p. 127). Ce qui prouve, encore une fois, qu'il est vain de vouloir interdire aux tribunaux administratifs l'examen de questions de nécessité ou de convenance (cf. Tezner, *op. cit.*, 72 s.).

point là d'arrêtés réglementaires, contre lesquels n'existe aucun recours contentieux, mais de simples décisions individuelles rendues en matière de contraventions de police et prononçant de véritables condamnations (1).

(1) Je n'ai pas à parler ici des actions pour inscriptions ou omissions illégales sur les listes électorales dans l'Empire et dans la plupart des États, analogues à notre recours pour excès de pouvoir, en ce qu'elles peuvent être intentées par tout intéressé, même non-électeur (cf. Barthélemy, *op. cit.*, p. 51, et Laband, I, 255-300). La Commission, devant laquelle elles sont portées, n'a pas le caractère d'une juridiction administrative.

TITRE V

La Procédure.

C'est l'opinion courante en France qu'à une justice administrative spéciale et séparée de la justice ordinaire, doit correspondre une procédure particulière, affranchie des règles de la procédure civile (1). Le caractère même du litige, où l'intérêt public est principalement intéressé, l'urgence réclamée par la marche des services publics qui ne saurait être trop longtemps arrêtée, sont autant de motifs pour chercher des modes de procéder ailleurs que dans la justice ordinaire, presque nécessairement longue et coûteuse (2).

(1) Cf. notamment Berthélemy, *op. cit.*, p. 898. Hauriou, p. 836. Avec des conclusions toutes différentes : Jacquelin, L'évolution de la procédure administrative, Revue de Droit public, 1903, tome IX, p. 373.

(2) Ce qui montre bien la pénétration intime de l'organisation et de la procédure de la justice administrative dans notre pays, c'est que, dans plusieurs cas, uniquement par raison de simpli-

Ces raisons n'ont pas prévalu, au contraire, en Allemagne, et particulièrement en Prusse : les tribunaux administratifs, en effet, y ont été construits, dès leur conception théorique et dès leur naissance, à l'image des tribunaux civils. Le but est le même : celui de protéger des droits individuels. Peu importe la qualité des parties, la nature des intérêts en jeu. En conséquence, les règles de procédure doivent être aussi identiques (1).

Comme la justice civile, la juridiction administrative

fication et d'économie, on a dépossédé les tribunaux ordinaires de la connaissance de certaines affaires pour les attribuer aux tribunaux administratifs (Berthélemy, *op. cit.*, p. 901).

(1) L'idée que les règles de la procédure civile ne sauraient convenir au contentieux administratif gagne cependant du terrain dans la doctrine allemande ; cf. Bernatzik, *op. cit.*, p. 182, d'après lequel la procédure accusatoire doit être en principe exclue des tribunaux administratifs ; Seydel (Dictionnaire de Stengel, II, pp. 726 et 788) dit que le devoir du juge est de constater la vérité objective ; G. Meyer (ibidem, pp. 739 s. et V. Recht, I, 51) : La procédure administrative est à la fois accusatoire et inquisitoire; Löning (dans Hartmann, VI, 184s. et V. Recht, p. 797) cherche un juste milieu analogue : l'action en confirmation (*Feststellungsklage*) peut bien convenir à la procédure administrative, mais il ne saurait en être de même de la deuxième partie de la procédure administrative qui est l'action en condamnation (*Verurtheilungsklage*) : le tribunal administratif peut se contenter de fixer un rapport en en renvoyant l'exécution aux autorités administratives. Voir également Jellinek, p. 120, et surtout Zorn (Verwaltüngsarchiv, 1894) qui fait de cette construction civile du droit allemand une critique très serrée. Au contraire, von Stengel (Verwaltüngs archiv, 1895), d'après lequel la procédure administrative doit être surtout la procédure accusatoire.

suppose essentiellement un procès entre deux parties (1) : ce peuvent être, avons-nous vu, deux sujets, personnes physiques ou morales (*affaires dites de parties*) ou bien une des parties peut être l'autorité (*plaintes de droit : Rechtsbechwerden*) Celle-ci n'est demanderesse que dans des cas exceptionnels (2) ; le plus souvent, elle remplit le rôle de défendeur, d'accusé (*Beklagte*) (3).

(1) Cependant d'après O. Mayer (I, p. 240) c'est la justice à partie simple qui serait ici la règle, tout comme en matière criminelle, mais cette conception théorique ne se dégage pas de l'étude du droit positif allemand. En droit français, au contraire, sauf des cas exceptionnels où l'on peut intenter un recours direct contre la personne administrative, les réclamations contentieuses, soit à propos d'actes d'autorité, soit à propos d'opérations de gestion, sont en principe des recours contre l'acte (cf. Hauriou, *op. cit.*, p. 228 et s., 830).

(2) Ainsi, dans la loi prusssienne de compétence, le petit nombre de cas où le droit de surveillance de l'autorité supérieure vis-à-vis des corps autonomes s'exerce par voie d'action contentieuse (art. 126), et ceux où il s'agit de retrait de concessions, de suppression de caisses de secours, etc., tous actes qui nécessitent l'intervention juridictionnelle du comité de district (cf. art. 114 s., 119,142, etc. Z. G. Art. 50, Bankgesetz). L'autorité joue le rôle de demandeur ; le particulier auquel on veut retirer la concession, etc. est défendeur.

(3) Cette idée de partie présente quelque chose d'assez singulier, dans les cas où le rôle du tribunal administratif consiste simplement à assurer l'application de la règle objective (cf. *supra*, p. 82) ; Löning (dans le Schmollers Jahrbüch, V, 369) cherche cependant à la justifier, en y voyant comme l'exercice par l'administration autonome, en tant qu'elle demeure dans les attributions qui lui sont confiées par la loi, d'un véritable droit subjectif. Cela revient au même que de vouloir accorder au

Dans tous les cas, la partie exerce sur la procédure une influence prépondérante : son droit (*Parteirecht*) ne consiste pas seulement en ce qu'aucune sentence ne peut être rendue sans qu'elle ait été au préalable entendue, mais elle a aussi un véritable rôle matériel dans le procès, elle exerce sur le contenu de l'acte à

fonctionnaire d'Etat un droit subjectif à exercer ses fonctions. — La même réflexion peut être faite dans d'autres matières : par exemple dans les affaires disciplinaires (art. 20 et 36 *Z*. G.), quand un subordonné, condamné pour refus d'obéissance, assigne un supérieur de partie à partie ; en matière de concessions industrielles et autres (art. 114 et s., 119, 120, 126, 142 Z. G.), où l'autorité de police doit lutter comme un simple particulier devant le tribunal administratif afin de faire retirer l'autorisation dont un individu s'est rendu indigne par son immoralité, son inobservation des règlements, etc. ; en matière d'élections (art. 11, 28[a] Z. G.) où le fonctionnaire, alors qu'il remplit légitimement sa fonction au nom de l'État, doit comparaître comme accusé devant le tribunal. Dans tous ces cas, l'idée de partie tourne à l'absurde (cf. Zorn, article cité). C'est ce qui fait dire à Wach (*op. cit.*, p. 5 et s.) que la procédure contentieuse administrative a un « Prozesszweck » mais non un « Parteizweck ». Gneist, p. 276, et Sarwey, p. 113 s., notamment, montrent bien que le rôle de partie, telle que la comprend la procédure civile, c'est-à-dire d'un sujet de droit, qui cherche à faire valoir son intérêt propre à l'encontre d'un autre sujet, dont l'intérêt est de même ordre mais en sens contraire, est inconciliable avec l'idée de puissance publique ; la forme de procès ne peut être admise que pour des raisons pratiques, tout comme en matière pénale, mais pas plus que là, il ne saurait être question de parties véritables. Cependant la loi prussienne va si loin dans cette idée de partie, qu'elle est conduite parfois à la créer artificiellement (L. V. G., art. 74, al. 3 : nomination d'un commissaire chargé de représenter l'intérêt public).

accomplir une influence juridique directe et toute-puissante, les tribunaux ne peuvent agir que sur sa demande, c'est elle qui fournit les preuves, qui dirige l'instance ; le jugement enfin ne produit d'effet qu'à son égard.

Nous allons voir de plus près ces différents points en étudiant la législation positive.

Section I

L'Introduction de l'Instance.

§ 1. — L'instance s'introduit, en règle (1), d'après la loi prussienne, au moyen d'une demande contentieuse (*Klage*), écrite (2). Quelques législations (Bavière, Wur-

(1) Elle s'engage cependant, dans des cas très rares, d'office : Z. G., art. 3, (destitution d'un fonctionnaire), 119, 120 (suppression d'établissements industriels).

(2) L. V. G., art. 50[1], 63 s. Sur la prétendue différence fondamentale entre l' « action » et le « pourvoi hiérarchique », v. *supra*, p. 129, et Gneist (R Lexicon de Holtzendorff, III, 1122) selon lequel la Klage ne serait qu'une Beschwerde fortifiée, c'est-à-dire un recours administratif de même nature que l'ancienne Verwaltungsbeschwerde avec des formes seulement qui en assurent la légalité. Cette idée est la conséquence du système de Gneist, que la juridiction administrative n'est qu'une partie de l'administration.

temberg), ne connaissent pas cette expression et se servent uniquement du mot : pourvoi (*Beschwerde*).

Quelquefois, au lieu d'une action, les tribunaux sont saisis d'une demande à fin de débat oral (LVG., art. 69). (*Antrag auf mündliche Verhandlung*). Ce n'est qu'une Klage simplifiée et abrégée. Elle doit contenir les mêmes énonciations.

Si les formes prescrites n'ont pas été observées (1), le tribunal peut écarter d'office la demande, sans examiner le fond (*Vorbescheid*).

§ 2. — La demande doit, sous peine de forclusion, être produite dans un *délai* fixé par la loi et généralement très court (2).

§ 3. — L'action a un *effet suspensif* comme en matière civile (3). Cependant, une atténuation importante à ce principe est contenue notamment dans l'article 53, LVG. : « il ne doit en résulter, d'après l'avis de l'autorité, aucun préjudice pour la chose publique (4) (5). »

(1) Elle doit énoncer l'objet de la demande, le défendeur, les faits qui la motivent.

(2) En Prusse, 15 jours, calculés du jour de la signification, à moins de disposition contraire ; Bade (art. 77), 21 à 42 jours ; Saxe, 4 semaines ; Bavière (art. 18), 15 jours ; (en Autriche, 16 à 60 jours). (art. 51).

(3) *Contra* : France (sauf élections), Autriche (art, 17 ; art. 3, D. 22 juill. 1806 ; art. 24, loi 1872).

(4) Id. Bavière, art. 24 ; Bade, art. 41[1] et [2].

(5) Je ne parle pas de quelques autres effets de l'élévation de l'instance (défense de changer ses conclusions, impossibilité de

§ 4. — En ce qui concerne *l'exclusion* et *la récusation des juges*, les règles sont différentes suivant les législations, mais ce sont, en général, les dispositions de la procédure civile qui s'appliquent également ici (*sic* Prusse, art. 61, Bavière, art. 18) (1). Le droit prussien contient une disposition particulière de *recusatio ex lege*, inconnue du droit français (art. 30 LVG.) (2).

Section II

L'Instruction.

§ 1. — La procédure devant les tribunaux administratifs, est publique et orale (3). Ce double principe,

modifier la compétence du tribunal, etc.) qui sont les mêmes qu'en matière civile (cf. Stengel, II, 791).

(1) En France, les règles du Code de Procédure civile ne s'appliquent que devant le Conseil de préfecture (art. 41, loi de 1889). Au contraire, devant le Conseil d'Etat, le système suivi est tout différent (art. 20, loi de 1872).

(2) « Le président de gouvernement est considéré comme empêché dans tous les cas où le comité de district est saisi d'un pourvoi contre l'ordonnance d'un président de gouvernement ». Mais, art. 61 : « le conseiller provincial ou le président de gouvernement ne peuvent être récusés pour cause de suspicion, à raison des actes qu'ils ont accomplis dans les limites de leur compétence. ».

(3) Prusse, L. V. G. art. 64, 68, 71, 72 ; Würt, art. 18, 20 s.. Bavière, art. 28, 33 s. ; Bade, art. 16 s. (id. Autriche, art. 28);

conquête de l'Histoire (1), est considéré par les auteurs comme essentiel à toute espèce de juridiction, dans le droit moderne.

Cependant, il comporte des exceptions : 1) d'une part, le huis clos peut être ordonné par arrêté rendu par le tribunal en audience publique, dans les cas où cela est jugé nécessaire dans l'intérêt de la chose publique ou de la morale (LVG. art. 72); 2) d'autre part, si ni le demandeur ni le défendeur ne demandent expressément de débat oral, le tribunal peut, simplement sur les déclarations des parties, rendre sa décision sous forme d'un arrêté motivé (art. 67 et 80).

De même, si la demande apparait de suite comme irrecevable ou mal fondée en droit, elle peut être rejetée par simple arrêté motivé (art. 64 et 86[4]) (2).

En France, la publicité des audiences, admise pour le Conseil d'Etat par l'Ord. du 2 fév. 1831, supporte de nombreuses exceptions (O. 12 mars 1831, art. 5 ; O. 9 sep. 1831. art. 1. Loi 24 mai 1872, art. 19 ; D. 16 juill. 1900, art. 4 ; D. 4 août 1900. art. 13). Devant les conseils de préfecture, la publicité introduite en 1865 a été rendue obligatoire par l'article 44, loi du 22 juillet 1889, mais on ne peut pas dire que la procédure soit complètement publique (cont. dir., élections, contraventions, cf. Hauriou, p. 838).Quant à la défense orale qui se restreint à la plaidoirie d'avocats, elle n'est jamais, dans les deux instances, que l'accessoire, le complément de la procédure écrite (O. 2 fév. 1831. et loi 1889, art. 44 et 45).

(1) Cf. Planck, Lehrbùch der Civil-Proz., I, pp. 174 s.

(2) Comp. sur ces divers points : Bav., art. 27, 31, 40 ; 32, 41 ; Würt, art. 28 s., 49 ; 26, 27, 48, 65[2] ; Bade, art. 52, 69, 193 ; 67 ; Hesse, art 57 et 58. Une disposition semblable existait en

§ 2. — Une institution particulière au droit allemand consiste dans l'adcitation (*Beiladung*) de tiers intéressés. D'après les législations badoise (art. 21) et bavaroise (art. 23, 27, 35, 41[3]), le tribunal *doit* sur la demande des parties (1), et même, d'après le droit prussien (LVG. art. 70) (2), le droit wurtembergeois (art. 64), et le droit hessois (art. 64, 110), il *peut d'office* ordonner la citation en intervention de tiers dont les intérêts sont touchés par la décision à intervenir. Cette décision sera valable à leur encontre, même s'ils ne se présentent pas.

Cette institution, qui est en contradiction avec le principe fondamental qu'élever l'action appartient à la volonté libre des parties, montre bien, selon certains (3), l'impossibilité d'adopter l'idée civile de partie

droit français devant le Conseil d'Etat (art. 29, D. 11 juin 1806); mais depuis 1831, l'ordonnance de soit communiqué est accordée dans tous les cas et sans examen préalable.

(1) H. Autriche, art. 19 et 27.

(2) Voici quelle est la portée de cette disposition, d'après la jurisprudence du Tribunal Supérieur : *a*) L'adcitation peut résulter de la simple appréciation du tribunal (décis. du T. S., III, 109, IV, 174, V, 65) ; *b*) elle suppose : 1° au point de vue matériel, que des droits subjectifs seront touchés par la décision à venir (id. V, 463, X, 83) ; 2° au point de vue formel, que les deux parties ne recevront aucune limitation dans leur situation au procès, par suite de l'adjonction d'un tiers. Elle doit être faite, afin de permettre à celui-ci d'user de tous les moyens de fait et de droit, au plus tard avant la fin du débat en 2e instance (art. 92 et 95) ; *c*) le tiers adcité peut, comme les parties, se pourvoir contre le jugement définitif (V, 46).

(3) *Sic* Lönig, *op. cit.*, p. 191 ; Zorn *loc. cit.*

en procédure administrative, à cause de la présence constante de l'intérêt public.

§ 3. — Du caractère accusatoire de la procédure, il suit qu'il devrait appartenir aux parties seules de fournir les preuves (1). Si tel est bien le principe formulé par la législation prussienne (art. 66, 71), il souffre de si graves exceptions, qu'en réalité la procédure inquisitoriale (*Untersuchungs maxime*) se mêle ici intimement à la procédure accusatoire (*Verhandlungsmaxime*) au point de la dominer. C'est qu'en effet, ainsi que se voient contraints de le reconnaître les auteurs même les plus civilistes, il ne peut s'agir ici seulement, comme en matière civile, de constater la vérité formelle, mais aussi la vérité matérielle, objective (2). Aussi le tribunal est-il autorisé « à établir de toutes manières et complètement les preuves offertes ou qu'il juge nécessaires » (LVG. art 66, 71, 76 et s.) (3). Il suit de là que des preuves présentées par les parties peuvent être

(1) Les principes de la procédure accusatoire sont, d'après Hinschius (Encycl. d'Holtzendorff, 4e éd., p. 728 s.) les suivants : « 1° Nemo judex sine actore ; 2° Ne procedat judex ex officio ; 3° Quod non est in actis, non est in mundo ; 4° Ne eat judex ultra petita partium ». Le troisième de ces principes reçoit en notre matière une profonde modification.

(2) Cf. Stengel, Dictionnaire, II, 768. En droit français, c'est au juge qu'il appartient exclusivement de diriger l'instruction (D. 22 juill. 1806, art. 14, 18, 19, et D. 21 août 72, art. 20. Loi 1889, art. 5 et 6).

(3) Id. loi bavaroise, art. 14, 20, 27 ; loi saxonne, art. 51.

négligées par le tribunal, et que d'autres, au contraire, qu'elles n'auront pas apportées, soient faites d'office (décis. du trib. sup. prussien I, 303; IV, 384).

Une autre conséquence de la procédure inquisitoriale consiste en ce que la *présence des parties* n'est pas nécessaire pour la discussion (1). Mais, d'après le droit prussien (art. 67, 79, 90), au cas de défaut d'une des parties, ou si elle ne présente pas d'explications, les faits avancés par la partie adverse peuvent être tenus comme reconnus (2).

Enfin, les moyens ordinaires de *preuve* de la procédure civile, l'aveu et le serment, ne sont pas admis par les tribunaux administratifs (3).

(1) Stengel, *loc. cit.*, 729, croit au contraire en ce qui concerne le droit prussien, que, si aucune des parties ne se présente, l'affaire reste en suspens ; il se fonde sur une solution analogue admise par la loi badoise, art. 26. Id. Bornhak, p. 436. *Contra*, Seydel, II, 737.

(2) Idem, Würt., art. 22, 28[3]; Bavière, art. 27[4], 35.

(3) Bavière, art. 20[7]; Bade, art. 24. Pour la Prusse, cela résulte de la jurisprudence du tribunal supérieur (IX, 86). Au contraire, les descentes sur les lieux, expertises, enquêtes sont faites conformément aux règles de la procédure civile. En droit français, l'on n'admet pas plus le serment décisoire que l'aveu judiciaire des art. 1350, 1356 et s. du Code civil. De plus, l'expertise et l'enquête subissent de graves modifications. (Cf. Jacquelin, *loc. cit.*)

SECTION III

Le Jugement.

Les idées de partie et de procédure accusatoire réapparaissent ici, en ce que d'une part, le juge (qui doit, d'ailleurs, en règle, fonder sa sentence exclusivement sur des motifs de droit) est lié aux ***petita partium***, d'autre part, en ce que le principe de l'autorité de la chose jugée s'applique ici, comme en matière civile.

§ 1. — Le premier de ces principes est formellement exprimé par la loi prussienne (art.63,79, 92, LVG.) (1). La raison particulière que l'on donne, et qui a prévalu également en droit français (2) est que le tribunal n'a pas le devoir de se substituer à l'administration active : c'est au particulier qu'il appartient de se plaindre s'il se croit lésé dans son droit par l'autorité administrative.

Cependant, il semble quelque peu contradictoire de

(1) Idem. Würt., art. 17, 24, 45 : Bade, art. 48 ; Saxe. art. 54.

(2) Chauveau, Code d'instruction administrative, 6e éd., I, 245 s.: Cet auteur remarque d'ailleurs que dans le cas où le Conseil d'Etat jugerait *ultra petita*, les parties n'auraient aucun moyen d'obtenir la réparation de cette erreur. Comp. Löning, *op. cit.*, p. 189 ; Sarwey, p. 78 ; *Contra.*, Seydel, I, 620 note

vouloir limiter le juge aux conclusions des parties, alors qu'il n'est pas lié par leur matériel de preuves. La question, dans un cas comme dans l'autre, est celle de savoir si la procédure contentieuse administrative est soumise à la volonté des parties, comme en matière civile, ou si elle est surtout gouvernée par l'intérêt public.

Certaines restrictions à ce principe se rencontrent d'ailleurs dans les législations allemandes : c'est ainsi que d'après la loi badoise (art. 53), « dans le cas où les parties abandonnent une affaire, il appartient cependant au représentant de l'intérêt public de demander au tribunal une sentence à son sujet ». Ce n'est là, cependant, qu'une simple faculté. De même, le droit bavarois permet une « *reformatio in pejus* » en appel (1).

§ 2. — Selon beaucoup d'auteurs, le principe de l'autorité de la chose jugée (*Rechtskraft des Urteils*) constitue une qualité spécifique du jugement administratif : c'est un effet direct du droit de la partie (2).

(1) Art. 36[4], 41. V. Seydel Bay Staatsrecht, II, 489.

(2) O. Mayer, I, p. 228 ; Stengel, II, 792 ; Sarwey, p. 733 ; *Contra*, Bernatzik, p. 83 s. ; Zorn, *loc. cit.* Ce principe se formule ainsi : Une affaire déjà jugée ne peut faire l'objet d'un nouveau procès entre les mêmes parties invoquant les mêmes motifs : c'est là la Rechtskraft matérielle, par opposition à la Rechtskraft formelle qui consiste simplement en ce qu'un jugement ne peut plus être attaqué par un recours ordinaire, et est immédiatement exécutable (Stengel, II, 792).

Le jugement acquiert cette autorité, quand le délai d'appel est expiré, quand on y a renoncé, ou même de suite, quand l'arrêt est en dernier ressort.

Les raisons qui ont fait édicter cette règle en matière civile, à savoir l'intérêt même des parties, et aussi celui de l'ordre public, de la certitude du droit (*Rechtssicherheit*), qui ne veut pas qu'une même affaire puisse être à tout instant remise en discussion (1), se retrouvent aussi, dit-on, en matière administrative. Mais, dans le silence des textes (2), la doctrine et la jurisprudence se voient forcées par la nécessité des choses d'apporter au principe des atténuations et limitations, qui en altèrent singulièrement le caractère.

(1) Selon Zorn, *loc. cit.*, cet intérêt public de la « certitude du droit » doit disparaître ici devant cet autre intérêt, également d'ordre public, de la « justice ». En réalité, la loi positive se trouve influencée par deux raisons déterminantes, qui s'excluent mutuellement ; il s'agit seulement de savoir laquelle doit être préférée. Zorn déclare qu'en droit public, la seconde ne saurait être sacrifiée à la première, et il invoque un exemple tiré du droit canonique en matière de nullité de mariage. D'après Stengel (*loc. cit.*), au contraire, l'intérêt de la certitude du droit est si grand que la loi préfère qu'un jugement, même injuste, soit inattaquable plutôt que de le laisser éternellement en discussion. D'ailleurs, ajoute-t-il, aucun tribunal n'est infaillible. En droit français, la règle de l'autorité de la chose jugée de 1351 civ. s'applique dans le contentieux de pleine juridiction (sauf en matière électorale) mais elle souffre d'importantes restrictions en matière d'excès de pouvoir, au cas du moins où le pourvoi est admis ; l'acte est alors annulé à l'égard de tous.

(2) V. cependant Bav., art. 32 ; Würt., art. 32.

a) D'une part, en ce qui regarde les *parties*, nous avons déjà constaté que l'effet de la chose jugée paraît s'exercer parfois au delà d'elles : c'est dans tous les cas où le tribunal met des tiers en cause par la voie de l'adcitation (*Beiladùng*). Il en est de même dans l'hypothèse de succession dans la chose jugée, lorsque l'acquéreur d'un établissement industriel, par exemple, profite de l'autorisation obtenue au moyen d'un jugement administratif par son prédécesseur.

Du reste, l'autorité de la chose jugée, s'applique toujours à l'Etat puissance publique, qu'il ait été ou non partie en cause ; il est lié nécessairement par l'acte juridictionnel. Cela permet, à ceux qui voient dans l'Etat non pas une personne réelle, mais une entité représentant la collectivité, de s'opposer à l'application des principes de la procédure civile sous prétexte que, en notre matière, les parties sont nécessairement illimitées (1) (2).

b) Quant à *l'objet* même du jugement, il est particulièrement difficile dans les affaires contentieuses administratives de le déterminer avec exactitude. Les

(1) Zorn, *loc. cit.* De même, Bernatzik, Rechtskraft (pp. 187 s.) pose ce principe que les jugements administratifs ne sauraient être limités dans leurs effets quant aux parties, et il est amené à dire que *res judicata jus facit inter omnes.*

(2) Un cas à mettre à part est celui où il s'agit d'affaires de statut, comme la nationalité ; les jugements en cette matière produisent nécessairement des effets absolus.

rapports sont trop variés, les circonstances de fait trop changeantes. Stengel s'efforce cependant d'établir quelles sont les diverses règles à suivre selon les cas : 1° S'il est question, dit-il, de droits ou de devoirs publics, il faut voir si c'est le droit ou le devoir lui-même qui est en discussion, ou bien s'il s'agit simplement d'un cas particulier où s'exerce ce droit, cette obligation (comp. décis. du Trib. sup. I, 102; IV, 139). 2°) Si l'objet du litige est une mesure de police, restreignant une personnalité individuelle dans sa liberté, dans ses biens, la discussion roule sur le point de savoir jusqu'où l'intérêt public peut autoriser ces restrictions. Dans le cas où le tribunal annule cette mesure, l'autorité de police restera libre cependant d'en émettre une seconde semblable au fond, mais reposant sur d'autres suppositions de fait ou de droit. Le tribunal confirme-t-il cette mesure, que l'autorité de police ne sera pas obligée cependant par là de l'appliquer.

Pour interpréter la volonté du juge, dans un cas donné, il faut surtout s'attacher au dispositif. Cependant, ajoute Stengel, il est nécessaire souvent aussi de consulter les motifs.

Les auteurs s'accordent, d'ailleurs, à reconnaître qu'il ne saurait être question de principe absolu de l'autorité de chose jugée, au sens de la procédure civile, qu'autant qu'il s'agit de jugements véritables, c'est-à-dire de sentences judiciaires, tranchant un litige

entre parties sur des droits et obligations, et reposant sur des motifs juridiques.

Mais il ne peut plus en être ainsi, dans les cas nombreux où l'acte revêtu de la forme juridictionnelle n'est, en réalité, qu'une simple décision administrative, comme une permission, une autorisation, etc. Ce qui, en effet, est convenable ou nécessaire aujourd'hui peut ne plus l'être demain (comp. décis. du Trib. sup. IX, 262) (1).

La jurisprudence administrative, paraît, elle aussi, assez portée à ne pas admettre, les yeux fermés, et sans restriction, les idées de la procédure civile en matière de chose jugée : de nombreuses décisions du Tribunal supérieur prussien, il semble bien résulter que ce principe de la « Rechtskraft des Urteils » est rejeté, chaque fois que l'intérêt public l'exige (2).

(1) O. Mayer, I, p. 269, présente la même distinction sous une forme un peu différente: dans le premier cas, quand le jugement administratif renferme une décision proprement dite, l'intérêt public de la certitude du droit forme le droit de la partie. Au contraire, quand il contient un simple acte de libre appréciation, seule la force de la chose jugée dépendant du droit de la partie lie ce jugement. C'est ainsi, dit-il, que des demandes en vue d'obtenir une autorisation, rejetées par jugement administratif, peuvent être renouvelées sans qu'on puisse leur opposer la chose jugée. Par contre, un refus d'autorisation sur opposition d'un voisin ne forme pas obstacle à une demande nouvelle, mais il faut alors le consentement de ce voisin.

(2) V. décis. du Trib. Sup., III, 116; V. 292; VIII, 354; XII, 369 et 397, etc (Zorn, *loc. cit.*).

Section IV

Les recours (1).

Contre le jugement, le recours habituel est *l'appel.* A côté, plusieurs législations admettent *la revision.* Enfin, une voie de droit extraordinaire, que l'on trouve dans certains États, est constituée par *la demande en reprise de la procédure* (2).

§ 1. — *L'appel.*

L'appel (*Berùfùng*) est possible généralement contre les jugements rendus en première instance (3) sauf dans des cas très rares où la loi le proscrit formelle-

(1) Le recours a un effet suspensif, comme l'instance.

(2) Faut-il rappeler qu'en droit français, les voies de recours sont l'opposition, l'appel, la tierce opposition contre les décisions des conseils de préfecture ; l'opposition, la tierce opposition et le recours en revision contre les arrêts du Conseil d'Etat ? A part quelques modifications, les règles appliquées sont les mêmes que dans la procédure judiciaire (cf. Laferrière, I, 339 et 380 s. Chauveau, II, 1, s.).

(3) En Bavière, exceptionnellement contre des jugements de 2e instance (art. 9 et 11); comp. Bade, art. 32 ; Würt, art. 43 ; Saxe, loi 1900, art 62.

ment ; alors aucune voie de recours n'est possible (1), ou bien, comme en matière disciplinaire, seule la revision est admise (2) ; et aussi dans les affaires exceptionnelles où la Cour administrative supérieure juge en premier et dernier ressort.

Il peut être formé aussi bien par une partie que par le président du tribunal pour raisons d'intérêt public (3), mais lorsque ce dernier veut l'intenter, d'après le droit prussien, il doit le déclarer de suite, et le prononcé de la décision est alors suspendu pendant trois jours au plus.

Le délai d'appel est, en Prusse, de deux semaines : l'appel doit être formé et justifié par écrit devant le tribunal dont la décision est attaquée, sous peine de déchéance. Dans les affaires non urgentes, un délai supplémentaire de deux semaines au plus peut être accordé : contre l'arrêté de forclusion, on peut se pourvoir également dans les deux semaines.

Contrairement au tribunal de revision, le tribunal d'appel entre dans l'examen des questions de fait (4).

La procédure est semblable à celle de la première

(1) Cf. Stengel, Organisation, II, § 56 et 57.

(2) Z. G. art. 3, 18, 44, 115-118, 124, 141, 138.

(3) *Sic*, Prusse, Hesse, Bade. En Würt., art. 20 et 43, par le représentant de l'intérêt public.

(4) Des précautions sont seulement prises parfois pour décharger la Cour, dans l'administration de preuves nouvelles : Bav., art. 10 ; Würt., art. 62 ; Saxe, art. 81, al. 3 [cf. O. Mayer, I, 252].

instance : il faut seulement remarquer que, selon la loi prussienne, lorsque l'appel est élevé par le président du tribunal, l'autorité d'appel doit examiner, tout d'abord, s'il est bien justifié par l'intérêt public (art. 191, L. V. G.) (1).

§ 2. — *La revision.*

La revision correspond assez à notre recours en cassation, ainsi que nous l'avons déjà remarqué (2). Elle se distingue de l'appel en ce qu'elle ne peut être fondée que sur certains moyens (violation ou fausse

(1) Sous le nom de *Prozessbeschwerde*, il existe un recours spécial formé devant les comités de cercle et de district et ayant pour objet la procédure. Il est jugé par l'instance immédiatement supérieure. Les délais sont les mêmes qu'en matière d'appel, et ils sont sanctionnés par les mêmes peines (art. 110 et 111)

(2) Cf. *supra*, p. 138. Il ne faut donc pas comparer ce recours au recours exceptionnel en revision formé dans un certain nombre de cas contre les arrêts du Conseil d'Etat et assez analogue à la requête civile (art. 32, règlement du 22 juill. 1806 et art. 23, loi 24 mai 1872). Quand au recours en cassation devant le Conseil d'Etat, il est plus large que la demande en revision allemande, en ce sens que le haut tribunal administratif exerce, même en l'absence de texte, le rôle de Cour de cassation à l'égard de toutes les décisions des juridictions administratives rendues en dernier ressort. Mais les seuls moyens d'annulation sont l'incompétence et le vice de forme ; la violation de la loi et des droits acquis n'est admise que lorsque la cassation est organisée par des lois spéciales (cf. Laferrière II, 577 ; et critique de Berthélemy, p. 893).

application de la loi ou des ordonnances, vices essentiels de la procédure) et en ce que le juge n'a point, d'ordinaire, à examiner la question de fait. Le but principal de ce recours est, en effet, le maintien de l'unité dans l'interprétation de la loi : dès lors, le tribunal sans avoir à établir de preuves nouvelles, doit examiner simplement si une erreur de droit résulte du texte même du jugement attaqué.

Un recours en revision peut être formé contre tous les jugements de deuxième instance (ou même de première), autant qu'une disposition spéciale de la loi ne les a pas déclarés rendus en dernier ressort, ou n'a pas réglé autrement les recours qui peuvent être formés.

La demande peut émaner des parties ou du président du comité de district ou de province, en Prusse. Elle est formée dans les deux mois au moyen d'un mémoire écrit présenté devant le tribunal qui a jugé (art. 93 et s.) (1).

C'est au tribunal supérieur administratif qu'il appartient de statuer. La procédure est la même qu'en appel, sauf que le tribunal n'a point à apprécier, dans le cas où la demande vient de l'autorité administrative, si elle est justifiée par des raisons d'intérêt public (2).

(1) Comp. Bavière, art. 9 et 10 ; Würt., art. 13 et 64. On peut en rapprocher le « recours en nullité » de la loi badoise, art. 42. Le recours semblable de la loi saxonne de 1835, art. 17, a été remplacé en 1900 par l'appel.

(2) Les règles suivies sont celles de la procédure civile en

La décision une fois cassée, l'affaire est renvoyée devant l'instance compétente ; cependant, le tribunal peut juger au fond si l'affaire lui paraît être en état (art. 98).

§ 3. — *La demande en reprise de la procédure.*

Cette voie de droit, admise par quelques législations (1), peut être formée contre des jugements administratifs définitifs et passés en force de chose jugée, dans les mêmes formes et délais que l'action en nullité ou l'action en restitution en matière civile (2).

Elle est possible pour les mêmes causes. Elle est intentée par les parties (en Würtemberg, aussi par le ministère public) et portée devant le Tribunal supérieur administratif (en Würtemberg, devant le tribunal même qui a statué). Celui-ci, s'il estime la demande fondée, casse la décision attaquée, renvoie pour jugement l'affaire à l'instance compétente, et si le pourvoi a été formé à raison de la procédure, il ordonne que la procédure sera recommencée ou complétée.

Le tribunal, devant lequel l'affaire est renvoyée, doit

matière de revision. En particulier, lorsqu'il s'agit de décider ce que l'on doit entendre par « vices essentiels de la procédure » il faut se référer aux articles 513 C. Pr. O. et 377 Str. Pr. O.

(1) Prusse, L. V. G., art. 100 ; Würt., art. 52 ; Bade, art. 43.

(2) Cf. art. 541 et s. C. Pr. O.

se conformer aux principes posés par le jugement de cassation du Tribunal supérieur (1).

A côté de ce recours extraordinaire, on trouve dans les lois badoise (art. 42) et würtembergeoise (art 70, 71) une *demande en nullité* contre les arrêts de la Cour de justice administrative pour incompétence ou excès de pouvoir. Elle peut être formée seulement par le représentant de l'État. Elle est portée à Bade dans les deux semaines devant le Tribunal des conflits, en Würtemberg devant la Cour administrative elle-même composée de sept membres.

De cette étude sommaire de la procédure, il résulte que l'on applique d'ordinaire, devant les tribunaux administratifs allemands, les règles mêmes de la procédure civile. Si nos explications se rapportent surtout à la législation prussienne, elles doivent être généralisées le plus souvent, étant donnée l'influence exercée par cette dernière sur celle des autres États. Une place à part doit être faite cependant à la *Bavière;* comme je l'ai dit à propos de son organisation, il n'existe à proprement parler dans ce pays qu'un tribunal administratif digne de ce nom; il n'y a guère de procédure contentieuse administrative qu'auprès de la Cour su-

(1) En Bavière, art. 26, une demande semblable peut être élevée contre les jugements passés en chose jugée à raison de faits restés inaperçus lors du premier jugement et susceptibles de modifier la sentence. Elle est portee devant le tribunal dont la décision est attaquée.

périeure. Mises à part certaines affaires, dites de parties (affaires de l'art. 8), les autorités administratives chargées de la juridiction en premier ressort décident sans plus de formes qu'en matière d'administration pure. Même devant le Tribunal supérieur, et dans les autres cas exceptionnels où elle est admise, la procédure est assez élémentaire. Des débats oraux et publics (art. 27-38) ne sont admis qu'à titre exceptionnel (1).

Nous avons, du reste, constaté que dans les autres États allemands, et particulièrement en Prusse, si les idées de la procédure accusatoire, en vigueur devant les tribunaux civils, sont admises aussi en notre matière, ce n'est pas sans une déformation évidente nécessitée souvent par l'intérêt public. La jurisprudence semble de plus en plus disposée à n'admettre les règles civiles qu'avec une grande prudence ; ses efforts pour s'affranchir de la construction purement civile faite par le législateur dans une compréhension insuffisante peut-être du caractère propre de la justice administrative, montrent assez l'impossibilité qu'il y a pour la procédure contentieuse administrative, selon le mot

(1) Des débats oraux et publics n'existent, sauf exceptions, que devant la Cour de justice administrative et les régences de cercle. En première instance (devant les autorités administratives de district) ils ne sont admis que dans des cas limitativement énumérés par la loi : 1° quand il y a doute sur les preuves fournies ou que cela est nécessaire pour éclaircir l'affaire ; 2° en cas de texte spécial, ou bien si les deux parties intéressées s'accordent à le demander.

de Zorn, de se mouvoir avec les béquilles de la procédure civile (1 et 2) !

(1) « *Das Verwaltungstreitverfahren kann sich nicht mit den Krücken des Civilprozesses bewegen !* » (*loc. cit.*).

(2) Pour être complet, je devrais parler des frais occasionnés par la procédure et de l'exécution des jugements. En ce qui concerne le premier point (v. pour la Prusse, art. 102-110 L.V. G., et Stengel, Dictionnaire, II, 733), qu'il me suffise de dire que les actes de la procédure contentieuse administrative sont exempts des frais de timbre. Les honoraires de l'avocat sont liquidés d'après les règles en vigueur devant les tribunaux ordinaires. Les frais et déboursés, à la charge du perdant, sont calculés d'après un forfait calculé dans les limites de maxima, différents suivant les instances, et déterminés par le Ministre des Finances et de l'Intérieur. Certaines exemptions sont accordées à des autorités publiques, légalement dispensées, à des indigents sur demande (loi 10 mars 1879, art. 30). Quant à l'exécution forcée des arrêts (du moment qu'ils sont définitifs et sans qu'il soit besoin de formule exécutoire), elle se fait vis-à-vis des particuliers (personnes physiques ou morales) soit simplement à l'aide des mêmes moyens qu'en matière civile (Bav., art. 46 ; Würt., art. 58), soit par une procédure sensiblement analogue (*Verwaltüngszwangsverfahren*) (cf. pour la Prusse, art. 132-135 L. V. G., et Stengel, II, 734 et 800). Vis-à-vis de l'administration, elle est assurée surtout par la responsabilité civile et pénale des fonctionnaires.

CONCLUSION

Éléments d'une comparaison entre le système français et le système allemand.

Au terme de cette étude, je ne puis me proposer de juger, au point de vue de leur valeur absolue, les deux systèmes de juridiction administrative, tels qu'ils fonctionnent en France et en Allemagne : cela ne serait ni sage ni équitable. Tout au plus est-il permis de faire quelques remarques, qui ne seront, du reste, que le résumé des constatations faites au cours des développements précédents.

Dans les États allemands, en général, et particulièrement en Prusse, la juridiction administrative ne paraît pas avoir d'autre but que de protéger l'individu, dans le cercle de droits limité qui lui est reconnu, contre tout empiètement, toute atteinte de l'administration. Cette conception étroite, marquée de méfiance à l'égard des autorités publiques, ne saurait s'expliquer que parce

que l'État n'est pas encore arrivé à ce point de perfection qui constitue l'État de Droit. A bien des points de vue encore, les droits de l'individu ne sont que de simples concessions du monarque : dans tous les cas où un droit n'existe pas, formel et réglé par un texte, l'administration garde pleine et entière liberté pour agir, sans contrôle juridictionnel possible. La juridiction administrative elle-même n'a été qu'une concession octroyée fort tard aux sujets, dans le but surtout de donner la garantie d'une procédure juridictionnelle aux décisions rendues auparavant souverainement et sans formes par l'administration active. Ce n'est qu'exceptionnellement encore qu'elle est accordée pour des affaires d'État.

La même idée permet de comprendre cette forme de justice civile qu'a revêtue la justice administrative. Si elle est exercée par des autorités indépendantes des tribunaux ordinaires, et qui sont, sauf dans l'instance supérieure, les autorités administratives elles-mêmes, tout, dans le mode d'instance, dans les règles des débats, dans la procédure du jugement, a été (surtout en Prusse) calqué sur la procédure civile. Comme les tribunaux ordinaires, les tribunaux administratifs ne sont compétents que si la prétention émise devant eux repose sur un droit, sur un titre juridique contesté; pour ainsi dire jamais, il ne s'agira de décider simplement si l'administration, dans le domaine de libre appréciation qui lui est laissé, a donné de l'intérêt

public une interprétation convenable, légale, ou si, par erreur ou par faute, elle a commis un acte illégitime, préjudiciable à tous les membres de la collectivité ou à quelques-uns d'entre eux. Le procès consiste dans une contestation entre deux parties qui prétendent chacune avoir le bon droit de son côté. Peu importe que l'une d'elles soit l'État (ou une autre personne publique) : l'Etat, même puissance publique, a des droits, qu'il fait valoir à l'encontre des sujets par l'intermédiaire de ses agents.

Une telle façon d'envisager l'Etat nous paraît, en France, essentiellement contraire à l'idée fondamentale du droit public, qui se distingue du droit privé justement par ce fait que la puissance publique ne peut être traitée comme une personne privée. Mais, malgré de valeureux efforts accomplis par la doctrine, cette idée n'a pas réussi à percer en Allemagne, où l'opinion contraire a des racines historiques très profondes : l'Etat allemand, c'est toujours le prince, et sa souveraineté consiste dans un ensemble de prérogatives, qui primitivement lui assuraient, par la direction des affaires de la communauté, une situation supérieure à celle de ses sujets : ces privilèges et ces droits, développés sous le régime de police, au point de devenir absolus, ont été atténués par les Constitutions accordées au cours du siècle dernier, mais, malgré ces phases diverses, ils n'ont point été touchés dans leur caractère originel : ils restent essentiellement des droits privés.

L'Etat français, reposant sur la volonté de la nation et sur la souveraineté de la loi (1), est tout autre. La juridiction administrative française doit, par suite, présenter un caractère différent de celui de la juridiction allemande. S'il s'agit, dans l'une comme dans l'autre, de la protection des droits subjectifs, ce n'est ici qu'indirectement, subsidiairement. Les droits de l'individu, en réalité, c'est tout ce qu'il n'a pas abdiqué dans l'intérêt de la collectivité. Ce qui importe donc, c'est le respect de la loi, c'est-à-dire de cette règle votée ou consentie par le peuple, qui fixe dans quelle mesure l'intérêt individuel doit être sacrifié à l'intérêt collectif dans des cas déterminés. C'est à la juridiction administrative, en l'absence de tout autre contrôle organisé, qu'il appartient de veiller à l'application de cette règle, de l'expliquer en cas de difficulté d'interprétation, de définir au besoin dans chaque espèce cette formule vague de l' « intérêt public », et, en faisant cela, elle reste une juridiction, elle dit encore le droit, car il n'est point pour l'individu de droit plus élevé et plus

(1) Sur le sens vrai qu'il faut donner à ces mots « souveraineté » ou « volonté nationale », V. d'ailleurs Duguit, I, 243 et s.; Jèze, Revue d'adm., 1903, II, 140 et s.; Villey, Revue de Droit Public, XXI, p. 1. — La juridiction administrative ne peut être, du reste, qu'un moyen de contrôle sur les agents, mais non sur les gouvernants. Vis-à-vis de ceux-ci, assemblées ou souverain, il existe aucun contrôle efficace, pas plus en France qu'en Allemagne (au contraire, aux États-Unis et en Autriche) [cf. Duguit, II, p. 366; Jèze, *loc. cit.*, pp. 258 s. et 388; pour les États allemands, Combes de Lestrade, *op. cit.*, p. 514 s.]

sacré que celui qu'il a à ce que la légalité soit observée.

Cette conception large du rôle de la juridiction administrative découle logiquement des principes sur lesquels repose l'Etat français, et elle domine de plus en plus l'esprit de cette juridiction elle-même. Je n'en veux d'autre exemple que le magnifique développement du recours pour excès de pouvoir, accompli grâce à la jurisprudence libérale du Conseil d'Etat, qui a abouti à reconnaître à la justice administrative de notre pays ce caractère, qui doit être le sien, de constituer un contrôle supérieur de l'administration.

Différente dans son objet et les formes qu'elle emploie, la juridiction administrative allemande est moins large que la nôtre à deux points de vue. Ainsi que nous l'avons constaté, par l'idée du Fisc et le souvenir des anciennes délimitations entre les « choses de justice » et les « choses d'administration », elle abandonne à la connaissance des tribunaux judiciaires de nombreux litiges de droit public. D'autre part, elle se montre plus timide à l'égard de l'administration et ne cherche pas à empiéter sur les limites qui la séparent de celle-ci. Cette délimitation a été faite cependant sans principe bien déterminé, par voie d'énumération restrictive. On ne peut intenter un recours devant l'administration que lorsqu'on a une action, accordée par une disposition précise de la loi, qui attribue en même temps compétence au tribunal administratif. Il n'y a pas de juge administratif de droit commun, ni d'action

générale. En cas de silence des textes (et cela constitue encore la règle), il n'est permis au particulier lésé de s'en prendre, comme autrefois, qu'à l'administration, et celle-ci peut ne pas répondre.

Dans certains cas, il est vrai (surtout en Prusse), où l'on a jugé l'« intérêt » suffisant pour être protégé, à défaut d'action, par une autre espèce de recours, l'administration est obligée de donner une réponse et de décider suivant certaines formes qui sont presque celles du contentieux administratif. Mais de telles exceptions, fort rares, n'existent également qu'en vertu de dispositions légales.

Il ne suit point cependant de ce qui précède que l'individu soit en Allemagne à la merci de l'arbitraire administratif, ni même qu'une évolution de la jurisprudence *proprio motu*, ou à la suite de la loi, dans le sens d'une extension de la justice administrative comme chez nous, soit nécessaire. En réalité, le contrôle administratif, tel qu'il est exercé par la juridiction française, forme le correctif indispensable à l'administration fortement centralisée et hiérarchisée, qui s'est maintenue dans notre pays sans grande modification depuis Napoléon 1er. En dehors du ministre, qui seul représente l'État, le fonctionnaire, en général, n'a point de situation indépendante, d'action propre, partant point de responsabilité vis-à-vis des particuliers. Toute demande en annulation d'une décision illégale d'une autorité, faisant grief à un individu, toute plainte contre

un fonctionnaire à raison de faute commise dans l'exercice de ses fonctions, toute action tendant directement ou éventuellement à engager la responsabilité pécuniaire de la personne publique, à rendre l'État débiteur, est portée immédiatement ou en suivant la voie hiérarchique, devant le ministre. Le ministre a toujours le droit de révoquer telle disposition de son subordonné, et c'est pour lui aussi un devoir. Son refus de statuer ou son silence conduit ainsi nécessairement à l'intervention des tribunaux administratifs.

Il n'en est pas ainsi dans les pays allemands : outre que la centralisation n'y a jamais été aussi forte que chez nous et que l'idée de self-administration y a reçu ces derniers temps des applications positives importantes, la responsabilité des fonctionnaires forme là-bas le principe supérieur de toute l'administration. Le fonctionnaire statue librement, sans attendre des ordres d'en haut, et sous sa seule responsabilité. Cet élément personnel de l'administration, cette indépendance de chaque autorité constituent une protection de droit que nous ne connaissons pas (1).

Une institution, comme notre recours pour excès de

(1) Cela ne veut point dire que l'idée du « risque administratif » qui est substituée par la jurisprudence française à celle de la « faute personnelle », en même temps qu'elle est plus conforme au rôle vrai de l'administration et à la situation de la personne publique vis-à-vis des particuliers, n'offre également à ces derniers une garantie plus large et dans un plus grand nombre de cas (cf. *supra*, p. 118, note 3).

pouvoir, n'apparaît point, par conséquent, en Allemagne comme absolument désirable. Selon la grande majorité des auteurs, elle ne serait pas non plus conciliable avec l'indépendance de l'administration ; elle constituerait un danger analogue à celui qu'on a écarté en refusant aux tribunaux civils de connaître des affaires administratives.

Cela n'est pas à craindre chez nous, où le Conseil d'État est, à la fois, une Cour de justice et le plus haut organe de l'administration. Sa participation à la confection des lois et des règlements lui donne, de plus, une compétence singulièrement propre à résoudre les questions si délicates d'interprétation.

De corps analogue, il ne s'en trouve pas dans les États allemands : en particulier, le Staatsrat prussien, depuis de longues années, ne constitue qu'un être apparent, sans activité et sans vie. Dans aucun territoire de l'Empire, possédant une juridiction administrative organisée, le tribunal qui constitue l'instance supérieure ne participe, de manière quelconque, à l'administration active. La tentative faite autrefois par le Würtemberg pour copier notre recours pour excès de pouvoir fut éphémère et sévèrement condamnée par la doctrine (1) : elle ne correspondait pas à l'esprit du droit allemand,

(1) Cf. notamment Bornhak, p. 249 ; Tezner, p. 394. De même, l'organisation primitive du Staastsrat bavarois sur le modèle du Conseil d'État français (instr. des 9 janv. 1821 et 18 nov. 1825) tomba vite en désuétude.

Cet exemple montre la vanité qu'il y a à vouloir transporter du dehors une construction toute faite sur un terrain mal préparé à la recevoir. Si les idées, même dans le domaine du Droit, ont une tendance à passer les frontières et à se confondre ensemble, il n'en est pas moins vrai que (après de longs siècles où les peuples vivaient presque complètement étrangers les uns aux autres) reposant sur une histoire et des traditions différentes, elles ne présentent souvent entre elles d'autre analogie que celle qu'un esprit hâtif veut leur accorder. L'objet principal d'une étude de droit public comparé sera longtemps encore, avant que de vouloir classer les diverses législations comme des catégories du Droit universel, de noter surtout leurs dissemblances, et, en remontant aux origines, d'essayer de les expliquer !

Vu : Le Doyen,

GLASSON.

Vu : le Président,

LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris.

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

LIVRE III

L'objet et le caractère juridique de la juridiction administrative

LIVRE IV

La compétence des Tribunaux administratifs

LIVRE V

La Procédure devant les Tribunaux administratifs.

Imprim. de la Faculté de Médecine, H. Jouve, 15, rue Racine, Paris

